

**¿EL FIN O LA MODIFICACIÓN DEL JUEGO?  
LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FRENTE AL DERECHO DE AFILIACIÓN A  
LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

LINA MARÍA CÉSPEDES BÁEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE GÉNERO  
BOGOTÁ, D.C.  
2004

**¿EL FIN O LA MODIFICACIÓN DEL JUEGO?  
LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FRENTE AL DERECHO DE AFILIACIÓN A  
LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

**LINA MARÍA CÉSPEDES BÁEZ**

**TESIS DE GRADO  
MAESTRÍA**

**DIRECTORA:  
Doctora Dora Inés Munévar**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE GÉNERO  
BOGOTÁ, D.C.**

**2004**

“Por muy vigorosamente que hayamos intentado redefinir el término *homosexualidad*, éste aún conserva un contexto patológico e intrínseco de heterosexualidad distorsionada. La homosexualidad no se refiere a ser algo. Por el contrario, se refiere a no ser lo que uno debiera, es decir, heterosexual. Hablamos de nosotros mismos como homosexuales tan sólo porque nuestra orientación ha recibido un nombre que no designa lo que somos, sino lo que no hemos logrado ser”

Jamake Highwater  
*The Mythology of Transgression:  
Homosexuality as a metaphor.*

A Adelaida Ángel Zea, por su apoyo, por sus comentarios vivaces acerca de los Estudios de Género y por el tiempo que le robé a los memoriales y a los conceptos.

A Natalia Quiñones Cruz, por su lectura silenciosa, por su asentimiento tácito, por una nostalgia que se vertió, de manera paradójica, en estas páginas. Hubiera deseado una ofrenda más lúdica y literaria. Ya tendremos tiempo para esos menesteres.

## AGRADECIMIENTOS

Para comenzar, le agradezco a Paula Ayala la idea de cursar esta Maestría; de no ser por su insistencia, hubiera dejado pasar los años sin darme la oportunidad de profundizar en esta duda.

A Donny Meertens le agradezco su paciencia con el proyecto de investigación que antecedió esta tesis, sus anotaciones siempre certeras y la generosidad con su tiempo.

Agradezco a mis compañeras y compañero de curso, cuarta promoción de la Maestría en Estudios de Género, que oyeron, una y otra vez, las exposiciones del proyecto de tesis, y soportaron con estoicismo la jerga jurídica.

Le agradezco a la profesora Dora Inés Munévar, quien en poco tiempo supo modelar el juego que supone una tesis de grado, matizar las pretensiones de las palabras que la componen y rescatar algo de la posición lúdica de la investigadora-*voyeur*.

## CONTENIDO

	Pág.
<b>ACLARACIÓN</b>	1
<b>ANOTACIONES PRELIMINARES DE LA <i>VOYEUR</i> QUE OBSERVA EL JUEGO</b>	2
<b>PARA ENTRAR EN EL JUEGO</b>	11
<b>1. EL MANUAL DEL JUEGO: LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL</b>	18
1.1. Lo constitucional y lo legal: cómo las reglas del juego se van refinando	18
1.2. Las piezas del juego: Ley 100 De 1993	22
1.3. Cómo entrar en el juego	24
1.4. Cómo mover las fichas en el tablero: ¿Quién puede ser compañero/a de quién?	25
<b>2. UNO DE LOS TRASFONDOS DEL JUEGO: GÉNERO Y HOMOSEXUALIDAD</b>	31
2.1. La Historia De Un Deseo de Nombrar	31
2.2. La Maleabilidad de una Palabra	33
2.3. Cruces de Género	39
2.4. Los Homosexuales juegan a entrar en el juego: la estrategia de ganar las palabras de la Corte Constitucional	42
2.4.1. T-539 de 1994, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa	43
2.4.2. C-098 de 1996, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz	44
2.4.3. C-481 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero	46

## ACLARACIÓN

Convertirse en investigadora, así sea de manera temporal en aras de elaborar una tesis de grado, implica adquirir conciencia del verbo *observar*, pues aquél que estudia un tema, con el cometido de decir algo novedoso acerca de éste, así sea una frase, toma la posición del *observador*, en otras palabras, del *voyeur*, en su sentido amplio. Es cierto, el investigador es una variante de ese personaje, pues sus impulsos, sus obsesiones y sus metas están resumidas en el acto de mirar, escudriñar, ver mientras es visto o ver sin ser percibido; el *voyeur* disecciona el objeto de estudio con morbo, con delectación y, en algunas oportunidades, con sevicia, ya que las pasiones nunca están en suspenso, menos aún cuando se trata de seguirle el ritmo a uno de esos dilemas que son la causa eficiente de la búsqueda del objeto observado, siempre inalcanzable, apenas aprehensible y, cómo dudarlo, caprichoso. Por supuesto, este *observador* compulsivo toma nota, aguza sus oídos para captar los murmullos que parecen estar más allá de su extraña posición en este paradójico juego<sup>1</sup> que el mismo propone cuando se da a la tarea de interpelar a los observados, de sacar conclusiones y, porqué no, de participar en la creación de un diálogo que posiblemente afecte sus resultados. No obstante, es bueno tener en mente que el *observador* siempre tratará de tomar distancia y de estar a través del espejo y no enfrente de él, a pesar de las posibles huidas que se permita, a pesar de que la ficción de una Alicia<sup>2</sup> que se da vuelta y queda encerrada en el cristal azogado no baste, puesto que la duda de estar presenciado las maravillas y los absurdos en un lado o en el otro siempre prevalecerá y guiará los pasos sigilosos del *voyeur* que anda tras el deleite de su fijación: observar sin perder la oportunidad de mover las fichas y de modificar el juego.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> En este trabajo la palabra juego será utilizada para designar tanto la tarea del investigador frente a las paradojas y renunciaciones de la investigación, como para designar al campo jurídico como un juego que contiene diversos juegos en aras de reconocer derechos, hacerlos efectivos e incluir a nuevos actores que se les reconozcan sus estrategias. El juego, entonces, es “una actividad social determinada por reglas. Todo juego combina en proporción variable una parte de convención y una parte de invención. (...) lo que es importante entender bien, es que más allá de las reglas no reina la indeterminación. Más allá de las convenciones explícitas, se le abre al jugador un campo o ‘espacio de juego’ en el cual le corresponde desarrollar, gracias a su ‘sentido de juego’, las estrategias ganadoras que son formas de anticipación de las posibilidades abiertas por una estructura dada del juego.” (En: Ost, Francois y Van De Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 202.)

<sup>2</sup> Cf. Carroll, Lewis. *Alice's Adventures in Wonderland & Through the Looking Glass*. Signet Classic, New American Library, New York, 1960. La situación del investigador no es muy distinta a la de una Alicia en un mundo de rimas, trabalenguas, acertijos; además, el cambio de posición al que se ve sometido este observador es ejemplificado con bastante acierto por el viaje de Alicia a través del espejo.

<sup>3</sup> Para no romper el hilo conductor de esta breve disertación acerca del papel del investigador, es preferible referirse en el pie de página a sus fundamentos teóricos. Es cierto, parece ser una experiencia común a este *observador* encontrarse en la disyuntiva entre adoptar un punto de vista meramente “externo” o uno que dé noticia de su posición *en y con* el objeto de investigación, es decir, “interno”. Los debates acerca del Derecho también se han visto afectados por ese *dilema*, y han reproducido formas de entenderlo que no escapan a su propia paradoja de aseverar lo que ya se ha dicho, o de avalar una realidad preexistente que parece necesitar una elaboración teórica. Hart, en su libro *The Concept of Law*, ya lo había explicitado, generando una

## ANOTACIONES PRELIMINARES DE LA *VOYEUR* QUE OBSERVA EL JUEGO<sup>4</sup>

Cuando se trata de comenzar una investigación que tiene a la homosexualidad como uno de sus temas principales, vienen a la mente tantos epígrafes, tantas frases que se han pronunciado en los últimos cincuenta años, tiempo en que la sociedad se ha tomado la molestia de discutir o de difamar al respecto, tantas consignas de movilizaciones mundiales, que, sin temor a caer en la mentira, se termina dándole prelación a la sucesión de letras que parece ser la más pertinente para el momento, la que haga honor a las ilusiones y a los descalabros del trabajo que se inicia o que se culmina con una introducción; en fin, se privilegia la frase que se convierte en la referencia obligada de las reflexiones y que, curiosamente, permanece a pesar de lo que varía en los objetivos, en las hipótesis, a veces veneradas como certezas y, otras, odiadas como piras que deshacen los presupuestos, los prejuicios, éstos últimos tan vilipendiados, tan despreciados, cuando, en verdad, son ellos los que en más de una ocasión empujan y jalonan a seguir leyendo y escribiendo, así sea para reírse con ironía del largo camino que se ha tomado para desmentirlos o para observarlos en su real dimensión. Pues bien, el fragmento de Jamake Highwater, citado en la biografía no autorizada de la dama oscura de las letras norteamericanas, Susan Sontag<sup>5</sup>, fue el primer y último motor de este proyecto, ya que hace parte de los prejuicios de la autora, de sus sospechas y de las claves esenciales para seguirle el curso a una cotidianidad que corre subterránea y, por tanto, tácitamente aceptada, puesto que la palabra *homosexual*

---

dinámica crítica de la teoría del Derecho que propugnó por el reconocimiento de esas dos perspectivas en el momento de hacer un esfuerzo epistemológico que se refiera al campo jurídico. En el caso de esta tesis, la paradoja se hizo patente en la parte final del trabajo, ya que cuando se trata de concluir, recomendar y generar planes de acción, la posición del *voyeur* se hace manifiesta. No sobra advertir que la idea de mantener la posibilidad de jugar, de guardar un as bajo la manga y de modificar las reglas del juego por medio de las mismas reglas de producción del juego, convierte este trabajo en la palabra del *voyeur interno* -que acepta las reglas del juego y está interesado en que el juego continúe- que aún conserva la ilusión de transfigurarse, así sea por segundos, en el ideal *voyeur externo*, detentador de la claridad del que no se ha visto inmiscuido en el campo de su objeto de estudio. (Cfr: Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 3 a 21)

<sup>4</sup> El juego del Derecho parte de que éste “no es la reproducción de quién sabe qué norma natural; tampoco es invención pura, cambio permanente (‘play’). Está dotado de una lógica (‘game’): la de su imaginario, que define su propio campo de simbolización, creando sus propias realidades que interfieren con las de otros campos de simbolización social (para volverlos jurídicos, pero también para ser condicionados por ellos).” (En: Ost, Francois y Van De Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 286 y 287). En este entendido, el juego amplio del Derecho se ancla diversos juegos en el interior del juego, por esa razón se puede entender el procedimiento como un conjunto de reglas del juego para acceder a las palabras del juez, lo mismo puede aplicarse a la tarea de interpretación de los textos jurídicos, al proceso de formación de la ley o a las simples previsiones legislativas que estipulan quién es empleado de quién, quién puede acceder a los cargos públicos, quién puede afiliarse a la Seguridad Social, entre otros.

<sup>5</sup> Rollyson, Carl y Paddock, Lisa. *Susan Sontag*. Pág. 302.



intenta abarcar, en el mundo de hoy<sup>6</sup>, diversos fenómenos y formas de relacionarse, exceso en el contenido de una voz que la ha dejado vacía, la ha transmutado en una palabra-injuria<sup>7</sup> que con su ambigüedad segrega, discrimina y mantiene el estereotipo del heterosexual como ciudadano de primera<sup>8</sup>, acreedor nato de la atención múltiple del Estado<sup>9</sup> y de la sociedad; atención que podría ser catalogada de *positiva*, dado que aquellos que no encajan en el parámetro aceptado caen en el silencio que produce la discriminación<sup>10</sup> y se instalan en el negativo de esa imagen, parodiando la dinámica de las fotografías.<sup>11</sup> Con esto no se quiere dar a entender que por el hecho de ser homosexual la discriminación opera de entrada, que la línea de partida siempre será menos provechosa, sino que muchos construyen su identidad sexual<sup>12</sup> casi sin caer en la cuenta de su proceso, mientras otros se construyen con un conocimiento y con una conciencia extrema de su esfuerzo por alcanzar la inserción, de manera tal que, los primeros, gozan de la aceptación tácita, mientras, los

---

<sup>6</sup> Más adelante, en el desarrollo de este trabajo, se hará una breve referencia al nacimiento del sujeto homosexual.

<sup>7</sup> “La injuria es un enunciado performativo: su función es producir efectos y, en especial, instituir o perpetuar la separación entre los *normales* y aquellos a los que Goffman llama los *estigmatizados*, e inculcar esta grieta en la cabeza de los individuos. La injuria me dice lo que soy en la misma medida en que me hace ser lo que soy.” (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 31)

<sup>8</sup> Con esta expresión se quiere dar a entender que los enunciados abstractos de la ciudadanía pueden concretarse de distintas maneras en el concierto social y jurídico, de modo que ciertas personas pueden tener más dificultades para hacer efectivos los derechos que se le reconocen por ser parte de una organización estatal, no porque se les niegue la ciudadanía, sino porque ciertas de sus características como grupo, como etnia o, simplemente, como individuos, le limitan las posibilidades de acceder a los servicios que el Estado debe brindarle. Es el caso de los homosexuales, quienes, como personas individualmente consideradas, tienen derecho a la Seguridad Social, a conformar una familia, a la adopción, entre otros, pero que por su orientación sexual ven frustradas sus expectativas de afiliar a su pareja, como lo hacen los compañeros de distinto sexo, o de adoptar, en atención a que los operadores del derecho no los consideran familia o individuos aptos para la crianza de un niño o niña. Estas dificultades también se presentan en los casos de transexualismo o en los sonados litigios alrededor de las costumbres indígenas que ponen en tela de juicio los enunciados de la Constitución Política, como el derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. (Cfr. C-139 de 1996, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998)

<sup>9</sup> Se habla de atención múltiple, por cuanto el Estado no sólo es vigilante y regulador, sino, también, puede ser el proveedor de algunos servicios, por medio de monopolios o en franca competencia con los particulares; es el caso de los servicios públicos domiciliarios o de los servicios financieros, de salud o educación.

<sup>10</sup> Las causas de esta discriminación en el campo del Derecho pueden estar dadas por diversas falencias en el juego democrático, ya sea por la dificultad de impulsar proyectos de ley para las minorías o por desconocimiento de los tenues mecanismos de poder que sostienen el decir del Derecho.

<sup>11</sup> También se podría recurrir a la impactante imagen plasmada por Italo Calvino en la descripción de la ciudad de Argia: “Lo que hace a Argia diferente de las otras ciudades es que en vez de aire tiene tierra. La tierra cubre completamente las calles, las habitaciones están repletas de arcilla hasta el cielo raso, sobre las escaleras se posa en negativo otra escalera (...)” (En: Calvino, Italo. *Las Ciudades Invisibles*. Pág. 135)

<sup>12</sup> Se habla de identidad sexual y no de opción o preferencia sexual, ya que, como lo anota Marta Lamas, éstas últimas expresiones dejan de lado el papel que puede jugar el inconsciente o mejor, el no-voluntarismo, en las cuestiones que atañen a la orientación sexual. En: Lamas, Marta. *Usos, Dificultades y Posibilidades de la Categoría Género*, pág. 349

segundos, diseñan estrategias y resistencias que van de la clandestinidad al desafío explícito de las convenciones.<sup>13</sup>

Bien, una de las pocas cosas que no se han perdido de vista en el presente trabajo, entre tantos desastres y hallazgos, fue la frase de Highwater, con su impronta de supuesta neutralidad, con su frustración entre líneas por las trampas del lenguaje, por la fingida asepsia del término, por la pretendida urgencia de nombrar por quien puede hacerlo en aras de decir quién es quién en la dinámica social; no en vano Toni Morrison indicó que “el lenguaje opresivo hace algo más que representar violencia: es violencia.”<sup>14</sup> Por esta razón, hoy se vuelve a ese epígrafe y se le da el sitio que merece: dar inicio, como una letanía; dar advertencia, como el primer esbozo de lo que pensó la investigadora al embarcarse en su viaje y de lo que, probablemente, tuvo que deshacerse para adquirir algo de la mentada objetividad; en últimas, para integrar esas palabras a las disquisiciones típicas de una abogada litigante que desea integrar la categoría Género a un campo que a primera vista da la sensación de un total hermetismo: la jurisprudencia, el ejercicio de los jueces, el desarrollo de las garantías constitucionales.

En efecto, el principal tropiezo que enfrentó esta investigación fue su pertinencia en el ámbito de las teorías de género, en especial, porque ciertos enfoques aún exhiben rezagos de perspectivas centradas en exclusiva sobre la mujer, como si su falta de protagonismo, en positivo, hubiese borrado en ella su dimensión relacional; no obstante, después de abordar algunos estudios de masculinidad<sup>15</sup>, se encontró la forma de integrar el género como un concepto dinámico, múltiple, que no se agota en el hombre y la mujer como unidades discretas, puesto que, también, ausculta las sexualidades, las maneras de construcción del sujeto desde la oposición, la comparación y la anticipación.<sup>16</sup> En este entendido, el Género

---

<sup>13</sup> En su momento se hará referencia a los dilemas que enfrentó la homosexualidad masculina a finales del siglo XIX y principios del XX en torno a la *separación* o la *asimilación* de su identidad con respecto a la norma heterosexual, dicotomía que quizá dio pie al surgimiento de los enfrentamientos entre aquellos que se reconocen homosexuales y aquellos que se dicen *queers*. Por su parte, “Judith Butler ha desarrollado esta idea de una *melancolía* específica de los homosexuales a propósito de la *elección* del objeto sexual, al comentar el trabajo de duelo del objeto heterosexual rechazado y por tanto integrado en el proceso de formación del yo como posibilidad rechazada.” (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 59)

<sup>14</sup> En: Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 27.

<sup>15</sup> Esto no quiere decir que los estudios feministas no hayan avanzado en definiciones de Género más inclusivas; más bien quiere dar a entender qué concepto guía este estudio y cuál fue la ruta recorrida hasta el mismo. Por su parte, Joan W. Scott, Jill K. Conway y Susan C. Bourque indican que “quienes estudian el género pueden revisar nuestros conceptos sobre qué es la humanidad y qué es naturaleza y ampliar nuestro sentido de la condición humana. Desde esta perspectiva aprender sobre las mujeres implica también aprender sobre los hombres. Los estudios de género son una manera de comprender a las mujeres no como un aspecto aislado de la sociedad sino como parte integral de ella.” (Conway, Jill K.; Bourque, Susan C. y Scott, Joan W. *El Concepto de Género*. En: Navarro, Marysa y Stimpson, Catherine R. (Comp.) *¿Qué son los estudios de mujeres?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, pág. 167 a 178)

<sup>16</sup> El norte, en materia de Género, de la investigación está dado por la definición que da R.W. Connell al respecto, al decir que dicha categoría se debe entender como la ordenación de una práctica social. Sobre esto se ahondará en los siguientes capítulos. (Connell, R.W. *La organización social de la masculinidad*. pág 35)

tiene que ver con estas identidades, no como piezas de un laboratorio social que muchos extrañan, más bien en la medida en que una de las tantas formas de insertarse están relacionadas con los parámetros que limitan o amplían la baraja de posibilidades para alcanzar un reconocimiento afectivo y jurídico, dependiendo, precisamente, de las elecciones<sup>17</sup> de los individuos.

Además, se debe mencionar la insoslayable perspectiva de abogada litigante de la investigadora-*voyeur*, la cual pesó más que cualquier consideración alrededor de su género, aunque, en muchas ocasiones, ese mismo privilegio del conocimiento del ámbito jurídico la lanzó a una diatriba desenfrenada en contra de sus yerros, cuestión que provocaba una miopía acentuada frente a sus bondades y aciertos. Es un hecho que este estudio está inspirado en la fascinación que inspira en la *observadora* la tarea del juez o del magistrado, fascinación que pasa por la atracción y la repulsión, que está presente en cada estrategia que se plantea el litigante y que, hasta ahora, empieza a ser valorada en su justa dimensión gracias al papel de la Corte Constitucional<sup>18</sup>, papel que no será evaluado en este prefacio y que, se adelanta, no ha de ser examinado en abstracto, sino que debe estar enmarcado en el desarrollo de derechos precisos, en el análisis de las sentencias como parte del movimiento en pro de decir el Derecho<sup>19</sup> y de hacer contrapeso a una institución política, el Congreso, que parecía tener, en exclusiva, el dominio de la palabra que se convierte en un imperativo amparado por la amenaza de la coacción, efectiva y simbólica, del Estado; porque no hay que olvidar que, en este instante, en lo que coloquialmente anuncian los periódicos como “choque de trenes”, la Corte Constitucional se debate con las otras Altas Cortes y con el legislativo, configurando así un nuevo panorama en las fuentes principales del Derecho que da paso a una nueva protagonista en su estudio y en su aplicación: la jurisprudencia.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> La palabra “elecciones” debe ser tomada con precaución, por cuanto no es posible estar seguro en cuanto al grado de voluntarismo que enmarcan estas supuestas decisiones.

<sup>18</sup> Desde ya es esencial poner de presente el papel de avanzada que ha jugado la Corte Constitucional Colombiana en el ámbito latinoamericano, por cuanto el control ejercido por esta Alta Corte es más amplio en comparación a las facultades con que cuentan las corporaciones homólogas en países como Perú, Argentina, Chile, Perú y México. “Ciertamente, una Corte Constitucional como la colombiana tiene todas las ventajas para convertirse en garante: es un tribunal especializado que actúa con independencia de la rama ejecutiva y legislativa, tiene la función de control de constitucionalidad de las leyes a través de acciones que pueden ser iniciadas por cualquier ciudadano, y sus fallos pueden derogar una ley. Además, tiene un mecanismo de revisión de tutela mediante el cual puede escoger cuáles tutelas revisa, y su precedente en este sentido tiene un valor semi obligatorio para los tribunales inferiores.” (En: Cabal, Luisa; Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica (eds.) *Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina*. Pág. 468.) Valga precisar que en la década de los treinta, la Corte Suprema de Justicia, con su “Corte Admirable”, jugó un papel muy parecido en el universo jurídico del país (Cfr. López Medina, Luis Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 165 a 177)

<sup>19</sup> Basta recordar la máxima *Da mihi factum, dabo tibi jus* (“dame los hechos, yo te daré el derecho”)

<sup>20</sup> “No debe olvidarse que el sistema de fuentes del derecho, es decir, la determinación jurídica de cuál voluntad debe tenerse como jurídicamente obligatoria por sobre otras, es uno de los recursos políticos más importantes al interior (sic) de un Estado. Su potencia simbólica y legitimadora quizá la hagan tan sólo comparable con la fuerza de coacción física que posee quien controla el ejército de un Estado.” (López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Pág. 3 y 4)

Pues bien, después de varias discusiones en las aulas y por fuera de ellas, fue posible hacerse a una idea del cómo experimentan el Derecho aquellas personas que no hacen parte del círculo letrado de abogados<sup>21</sup>, se logró un acercamiento al manejo de los criterios de bondad y maldad que leen en el sistema, y a los diversos entendimientos de los derechos y las normas, detalles que propiciaron la simplicidad en la búsqueda, antes que la formulación de enunciados barrocos para un enclave de iniciados que se alimentan con terquedad de su propia jerga; todo esto no quiere decir que se haya abandonado el rigor, más bien, pretende advertir que la tesis no se extenderá en problemas de alta filosofía jurídica, que su arista principal estará en la disección de un caso concreto, la afiliación del *compañero a permanente* homosexual a la Seguridad Social en Salud, que afecta a los colombianos en el día a día de los derechos que se conceden y se niegan por fuera del papel. Por esta razón, en el instante en que el proyecto planteó una encrucijada epistemológica, se prefirió privilegiar el punto de vista interno, es decir, la permanencia de las consideraciones propias de quién participa en el juego y que, por tal, desea que el juego continúe, que aspira a mejorar sus estrategias, que desdeña el simple abandono de la mesa. También, se debe anotar que los estudios jurídicos, así como los estudios de Género, han propendido por un punto de vista externo a las disciplinas estudiadas, sin embargo, han dejado atrás la pertinencia de conocer las dinámicas de aquéllos que mueven las fichas, de los que día a día redactan memoriales para propiciar la voz del juez, para lograr el diálogo entre sentencias. No es imperativo reevaluar los conceptos que se manejan en el juego de lo jurídico para hacer planteamientos novedosos o subversivos, pues los juegos tienen fisuras, permiten cierta improvisación y, en consecuencia, la presencia de variaciones. Mientras unos investigadores optan por la creación de palabras para jugar otros juegos, algunos prefieren describir las jugadas de sus compañeros, enfrentarlas con el conocimiento que le brindan las suyas, para que de este modo se enriquezca la lúdica y el nivel de dificultad sea propicio para presionar el ingenio de los participantes.

Según lo anterior, este trabajo partirá del fenómeno jurídico como se experimenta en el litigio, en el ejercicio cotidiano del derecho de acción y contradicción<sup>22</sup>, puesto que el hilo conductor de estas páginas no es la creación de una teoría crítica del Derecho, ni mucho menos, tomar el Derecho como ciencia, sino el descubrimiento de la técnica que comparten los jueces y los abogados en el instante que desean hacer valer sus derechos ante un estrado judicial. Es el momento de darle importancia a la técnica jurídica, de dar relevancia a la tarea del litigante, un personaje que ha sido descalificado como el mercenario de una noble

---

<sup>21</sup> “En realidad, el establecimiento de un *espacio judicial* implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos. culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental –y en particular de toda la posición lingüística– que supone la entrada en este espacio social.” (Bourdieu, Pierre. *Elementos para una sociología del campo jurídico*. En: *La Fuerza del Derecho*. Pág. 181.)

<sup>22</sup> Más adelante se hará hincapié en la importancia del derecho de acción y en las modificaciones que le imprimió la promulgación de la Constitución Política de 1991.

disciplina y al cual se le desconoce una lógica de comportamiento<sup>23</sup>, una estrategia de juego y una inteligencia propia para llevar a la práctica los postulados jurídicos. Es imperioso comprender que los derechos de las personas y de las colectividades se juegan desde el *adentro*, a pesar de que siempre se está tentado a darle más peso a las elaboraciones teóricas del *afuera*; en este orden de ideas, si bien las dos posiciones se complementan, en el ámbito puramente académico la primera de ellas ha sido olvidada, condenada al ostracismo por su anclaje empírico, por su abandono de una discusión abstracta, mientras, se ha privilegiado a la segunda, en nombre de un rigor y de un manejo del lenguaje que en la mayoría de las ocasiones no tiene relación con la tarea de *decir* el Derecho.<sup>24</sup>

No sobra advertir que las encrucijadas epistemológicas planteadas a lo largo de estos tres años de trabajo surgieron de las diversas lecturas de las que fue objeto el proyecto de investigación, lecturas que estuvieron a cargo de abogados que avalaron la propuesta en su primera fase, de personas procedentes de diversas disciplinas en el ámbito de discusión creado en los Seminarios de Tesis, de los procesos de dirección y de la cambiante postura de la *voyeur* que se enfrentó en distintos momentos a los mismos textos. Estas *voces* de los lectores fueron tejiendo un discurso que tuvo su máximo instante de cacofonía en el descubrimiento de que las sentencias de la Corte Constitucional, en el caso de la afiliación del *compañero/a permanente* homosexual a la Seguridad Social en Salud, presentaban muy pocas fisuras, ya que su argumentación netamente jurídica era cerrada<sup>25</sup>, coherente, con muy pocas salvedades; mientras que los salvamentos de voto recurrían con insistencia a los argumentos extrajurídicos y, en ciertos casos, a la aceptación de que sus posiciones disidentes no tenían asidero en el ámbito judicial, por lo cual apelaron a la competencia explícita del legislador. Ante la evidencia de una jurisprudencia cada vez más hermética y poseedora de una lógica difícil de quebrar desde el campo del litigio en el corto o mediano

---

<sup>23</sup> Es esencial tener presente que toda lógica es acreedora de fisuras, por eso no es posible escapar a las circularidad de esa afirmación, por cuanto en esa *lógica* también se encontrarán las *ilógicas* del mismo comportamiento.

<sup>24</sup> “Si se quiere que los juristas se interesen por una filosofía del derecho de la que tienen gran necesidad, tanto para interpretar el derecho como para edificarlo, hay que presentarles una filosofía del derecho que esté a su nivel: el del derecho positivo. O, si no, continuará la separación entre los juristas técnicos del derecho y los filósofos del derecho, en detrimento de los primeros, desde luego, dedicados al empirismo y sin principios directivos en su trabajo, pero también de los segundos, expuestos a extraviarse en la abstracción.” (En: Ost, Francois y Van De Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 103).

<sup>25</sup> “El estilo jurídico, unas veces conciso, otras poco suelto, siempre controlado, es esencialmente un estilo redundante, repetitivo y tautológico. En definitiva, apunta menos a la significación exacta que a la significación conforme; así, tiende a reducirse a fórmulas. Este recurso a la fórmula recuerda los poderes mágicos otorgados a las palabras de la ley; pero podríamos preguntarnos si no sigue contribuyendo, incluso hoy en día, a asegurar la eficacia del discurso jurídico. Por consiguiente, el juego del lenguaje jurídico no es gratuito; proviene de una creencia en la autoridad de los términos de la ley. A este fin contribuye en gran medida el uso de ‘significantes rituales’ acumulados en número siempre creciente. Finalmente, el cerramiento del lenguaje jurídico se asegura definitivamente cuando la repetición de la fórmula se transforma en pura y simple tautología; entonces se torna evidente que el universo creado por el Derecho, así como el mundo engendrado por el juego, realmente no está en otro lugar.” (En: Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 293).

plazo, se optó por una descripción del porqué del cerramiento en el campo jurisprudencial, lo que desembocó en la urgencia de otras alternativas. Aunque el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional puede ser calificado, a primera vista, de conservador, por no escapar de la propia lógica del proceso de *decir* el Derecho, tiene la virtud de que procura entender el proceso del pensamiento del juez, antes de someterlo al juicio de sus acciones, y de evaluar qué posibilidades tiene los jugadores del juego frente a ese jugador específico, para luego, subvertir el orden de las instancias que proveen el cambio y situarlo (devolvérselo, si se quiere) en el ámbito del debate político y de la conformación de articulados desde las bases y no desde los estrados judiciales que no gozan de representación democrática.<sup>26</sup>

Es decisivo, en aras de entender el juego, no perder de vista que los participantes del mismo, desde los jueces, los legisladores, hasta los abogados que hacen uso de su derecho de acción y postulación, que proponen las lecturas ortodoxas y alternativas de los textos, están unidos por un mismo objetivo, pues participar implica la adhesión a los fines últimos, a lo que muchos llaman el *sentido del juego*<sup>27</sup>, puesto que cada uno de esos jugadores pretende refinar el sistema del cual hace parte, probar, con cada una de sus actuaciones u omisiones, que el juego está justificado, que hace alarde una lógica, que realmente es adecuado para el objeto propuesto: regular la vida social. En este campo reglado, donde existen unas directrices que permiten determinadas jugadas, los jugadores hacen alarde de su creatividad, aprovechan los intersticios libres que proyecta la sombra de esa normativa y producen modificaciones, fines de partidas, mas nunca el fin del juego. Siempre quedará la posibilidad de apostar por el fin del juego, mejor, por el no-juego, sin embargo, la *voyeur* reivindica las figuras del juez y del litigante, y procura, a través de su argumentación, guiarse por la intención de éstos de no acabar el juego, de preservar este espacio, de retocarlo, de no perder las coordenadas que legitiman su conocimiento y su manejo de los códigos cifrados que parecen leerse en cada artículo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Recuérdese como Ronald Dworkin, en su obra *Taking Rights Seriously*, critica la posibilidad de que el juez tenga la discrecionalidad para legislar en casos específicos, por cuanto considera que los jueces no son elegidos en un proceso democrático y, por tanto, no son los representantes del pueblo. (Cfr. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Pág. 275.)

<sup>27</sup> Se dice que el *sentido del juego* o el *espíritu del juego* parte de un conocimiento, del jurista, en su acepción amplia, del orden y la lógica del sistema, de las elecciones posibles en el ámbito del campo del juego y de las posibles aristas de improvisación. Es por estos que “lejos de sugerir la existencia de verdaderas ‘elecciones’ deliberadas –que no serían más que fantasías y malabarismos con las reglas-, el sentido del juego permite comprender cómo estas elecciones son ‘sistemáticas’, es decir, están orientadas por la necesaria armonía del sistema jurídico en cuestión. (...) A la luz de estas consideraciones se puede comprender mejor cómo, a pesar de la incuestionable libertad del intérprete frente a las reglas que rigen su actividad, la interpretación tiene menos de ‘libre creación’ que de ‘descubrimiento’ (*Rechtsfindung*), así como el jugador no ‘crea’ las ‘jugadas’ que realiza, sino que las ‘encuentra’ y las ‘ajusta’ según su objetivo y lo que está en juego en su actividad. (En: Ost, Francois y Van De Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 301 y 302).

<sup>28</sup> “[E]l Objetivo último efectivamente asignado a la interpretación radica en el mantenimiento o la restauración de la racionalidad del *sistema jurídico* considerado en su conjunto.” (En: Ost, Francois y Van De Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 301).

La metodología que guió esta investigación está expuesta en el libro *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*, de Diego Eduardo López Medina<sup>29</sup>; escogencia que estuvo determinada por su ubicación en el contexto colombiano y por las nuevas luces que aportó al entendimiento de la importancia de la creación de la Corte Constitucional en 1991. Por otro lado, vale la pena aclarar que la predilección por las sentencias de esta Corporación estuvo dada por su vinculación directa con los derechos constitucionales y por la labor de divulgación<sup>30</sup> que han experimentado estos fallos (formato CD-Rom, Gaceta impresa), gracias a la conciencia que ha tenido la Corte de su protagonismo en el desarrollo y efectividad de las garantías del ciudadano común, ya sea a través de casos concretos, como en la revisión de tutelas, o por medio de la comparación, en principio abstracta<sup>31</sup>, de la normatividad frente al ordenamiento constitucional.

Para concluir, es pertinente anotar que la especificación del tema en la afiliación a la Seguridad Social en Salud del compañero/a permanente homosexual se presentó como reacción a la publicación de la sentencia SU-623 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se estudió un caso concreto y se unificó jurisprudencia en su Sala Plena, unificación que no contó con una mayoría apabullante y que estuvo contrarrestada por un amplio salvamento de voto que puso en la palestra la dificultad de leer en el mismo sentido un inciso de la Constitución Política. Además, al estar en entredicho un derecho que no es considerado fundamental (Seguridad Social), excepcionalmente en los casos de

---

<sup>29</sup>López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 69 a 77. En verdad el libro citado propone un estudio complejo de la obligatoriedad del precedente judicial, de la conformación de líneas jurisprudenciales y de una teoría plausible que explique el decir de los jueces. Por razones de determinación del objeto de investigación, el presente trabajo de grado se basa tan sólo en la identificación de las sentencias *hito* y, dentro de ellas, de la parte que constituye precedente judicial o *ratio decidendi*, con la idea de desglosar un caso concreto: las incidencias de las palabras del juez constitucional en las parejas homosexuales, aplicadas al derecho a la Seguridad Social en Salud. (Ver cita 40 y 51). Es así como, el proyecto de investigación se fijó como objetivo la identificación y análisis de los fallos *hito*, con sus correspondientes salvamentos de voto, que atañen a la cuestión homosexual en general, a la Seguridad Social en Salud, en sí misma considerada, y a la cuestión homosexual frente al derecho de afiliación a la Seguridad Social en Salud, con el fin de clarificar cuál es el precedente judicial sentado por la Corte Constitucional en el tema de investigación y confrontarlo con el catálogo de derechos insertos en la Carta Política, con el fin de identificar su posible desconocimiento o una eventual encrucijada en la que el alto Tribunal Constitucional no puede decir más allá de lo que las reglas del juego democrático lo permiten.

<sup>30</sup> En la actualidad las demás cortes siguen el ejemplo de sistematización de la Corte Constitucional. Basta con acercarse a las relatorias de las diversas corporaciones para intuir de qué forma se ha operado un cambio en este sentido.

<sup>31</sup> Se dice que en principio es *abstracta*, porque siempre es posible rastrear intereses particulares que se mueven tras la protección de un ordenamiento constitucional que involucra a todos, ya sea porque se afectan derechos o expectativas concretas.

conexidad<sup>32</sup>, que necesita un desarrollo legal y que está atravesado por las nociones de solidaridad y distribución de recursos limitados, el tema cobró trascendencia para el análisis de los cruces que se evidencian cuando las letras dejan de ser recitadas para pasar a ser parte integral de personas con nombres propios, de quienes tienen un rostro y una expectativa que esperan ver cumplida.

---

<sup>32</sup> Sólo se protege un derecho que no es fundamental, por vía de tutela, cuando su desprotección pone en peligro o vulnera un derecho que sí tiene esta calidad. Aunque esto no lo diga explícitamente la Constitución, la Corte Constitucional ya ha sentado precedente en la materia, por medio de una lectura integral de la Carta.



## PARA ENTRAR EN EL JUEGO

El conocimiento de la ley y su manejo por parte de una elite privilegiada<sup>33</sup>, convierten al campo jurídico en un terreno en el cual se juegan, casi siempre con el desconocimiento de la gran mayoría de ciudadanos, los derechos y las obligaciones que definen el papel de los asociados en un Estado. Estos derechos y sus correlativos deberes, pueden convertir a los sujetos en personas de primera o de segunda clase, con derechos garantizados o con derechos que se inscriben formalmente en un papel. Estos actos de formalismo excesivo del Derecho afectan a grupos enteros, a colectividades que se pueden considerar discriminadas tras los velos de racionalidad jurídica que exhiben las sentencias y las exposiciones de motivos en los trámites de una ley. En el caso de los homosexuales y su derecho a la afiliación de su compañero/a permanente a la Seguridad Social en Salud, salta a la vista que las consideraciones jurídicas se mezclan, constantemente, con criterios políticos y económicos que atañen a la excesiva carga que soporta el Sistema de Seguridad Social en Colombia, no obstante, los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido claros o, por lo menos, extensos en su abordaje del tema, razón por la cual constituyen una importante fuente documental susceptible de revisión y análisis, con el fin de identificar las diversas lecturas que los magistrados han realizado respecto del texto constitucional, para evidenciar cuál es el sentido que ellos proponen para la verdadera guarda de la integridad y espíritu de la Constitución y, en consecuencia, la particular concepción de género - entendido como la simbolización que nace de la oposición binaria entre hombres y mujeres y que da como resultado el deber ser de las relaciones entre éstos, de lo ajustado para cada sexo<sup>34</sup>-, defendida, creada e integrada en la normatividad jurídica. Esta pregunta es trascendental para el campo jurídico, dado que pretende descubrir las dinámicas que subyacen a las sentencias de constitucionalidad y de revisión de tutela cuando los temas a tratar son neurálgicos como, también, devela la necesidad de los grupos discriminados de buscar un reconocimiento que provenga, en primer término, del mundo de lo jurídico. Si se está de acuerdo con Judith Butler<sup>35</sup> en cuanto a que las palabras son performativas, esta afirmación es más contundente, peligrosa y cruda en el campo de lo jurídico, gracias a que

---

<sup>33</sup> Bourdieu lo expresa en estas palabras: “la rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas aparezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como totalmente independiente de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra”. (Bourdieu, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002. pág 153 a 220)

<sup>34</sup> Cfr. Lamas, Marta. *Cuerpo e Identidad*. Pág. 62.

<sup>35</sup> Cfr. Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 85 a 93. La performatividad se refiere al “enunciado que constituye simultáneamente el acto al cual se refiere (...)” (García Villegas, Mauricio. *La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 33).

“entrar en el juego, aceptar el juego, ponerse en manos del derecho para reglar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión (...)”<sup>36</sup>

Tras más de una década de vigencia de la Constitución Política de 1991, diversas conquistas ensalzan el orden del día de los balances acerca de su pertinencia y de su verdadero impacto en la realidad social y jurídica del país, sin embargo, también quedan en el tapete dilemas y preguntas por responder, así como la necesidad de un análisis detallado de lo que se ha ganado y perdido en la evolución constitucional del sistema de Derecho colombiano. Aunque a veces sea temerario decirlo, la Carta del 91 ha impulsado interesantes procesos de diversificación de las fuentes del Derecho, así como ha desenterrado el debate de quién debe tener la última palabra cuando se trata de construir e integrar el cuerpo jurídico. Todo esto se debe a la incorporación de los derechos fundamentales en el inventario constitucional y a la creación y regulación de la acción de tutela, ese particular mecanismo que oxigena los cuerpos de normas con más intensidad que la actividad del legislador, y que, por sus términos perentorios, permite que los ciudadanos recurran a un mecanismo eficaz y, en principio, no tan formalista en aras de la protección de sus derechos, pues basta constatar que esta acción puede ser intentada sin el concurso de un abogado. Además, la Carta Magna, al crear la Corte Constitucional, le delegó la guarda de la integridad de la Constitución, actividad que se despliega con el trámite de la acción de constitucionalidad. Este procedimiento permite que leyes o decretos contrarios al orden constitucional salgan del sistema jurídico a través de fallos de exequibilidad o inexequibilidad<sup>37</sup>. De esta forma, la sociedad en su conjunto se ha visto mezclada constantemente, y de una forma directa, en la evolución de lo jurídico, informada por una serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional que la ponen alerta acerca de sus derechos y facultades, así como también de sus obligaciones correlativas. Este impulso social a la revitalización del Derecho pone en evidencia aristas de interés en la creación de la subregla constitucional en las sentencias de la Corte Constitucional<sup>38</sup>, actividad que refleja la necesidad de la ciudadanía de definir y concretar cuáles son los derechos constitucionales. No en vano la Alta Corte tiene en sus manos, casi siempre, la decisión de temas polémicos que nunca antes se habían planteado con tanto rigor, quizá por la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales amparado por una acción específica que garantizara la pronta decisión de los litigios. Dentro de estos tópicos, se encuentran disímiles dilemas que cruzan la existencia del homosexual, encrucijadas que van desde el derecho a ser docente, a la adopción, hasta el que ocupa esta investigación: el derecho a la

---

<sup>36</sup> Bourdieu, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, pág. 186.

<sup>37</sup> Antes de la vigencia de la actual Constitución, el control constitucional lo tenía asignado la Corte Suprema de Justicia, quien no tenía tantas facultades en el momento de proceder a su examen; el verdadero cambio reside en el amplio radio de acción que la Corte Constitucional posee en el campo de análisis.

<sup>38</sup> “(...) junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador conciente de sub-reglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de textos superiores.” (López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Pág. 1)

afiliación del compañero/a permanente homosexual a la Seguridad Social en Salud. Tras las argumentaciones de la parte motiva de las sentencias de la Corte subyacen interpretaciones, en fin, distintas lecturas de todas las lecturas posibles, que se imponen al articulado constitucional por medio de la mencionada sub-regla. Si bien es cierto que la labor de la Alta Magistratura es llenar de contenido previsiones abstractas y en exceso amplias, es pertinente vislumbrar el porqué de la lectura reiterada de los magistrados acerca de la concesión o no de ciertos derechos a los homosexuales, sobre todo cuando éstos tienen que ver con la concepción de familia.

En este sentido, el análisis se centrará en las sentencias de la Corte Constitucional, porque ellas forman el cuerpo visible, la voz y la palabra móvil del sistema jurídico y, también, integran los mecanismos por medio de los cuales se puede ejercer la violencia simbólica, no en vano anota Bourdieu que el Derecho se constituye en el paradigma de este tipo de coacción, puesto que legitima ciertas prácticas, las hace parecer convenientes y hasta esenciales.<sup>39</sup> Sin embargo, este examen no se fijará indiscriminadamente en una o en todas las partes de los fallos de la Corte, sino que hará hincapié en su *ratio decidendi*, es decir en “aquellos apartes que recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada (...) esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico.”<sup>40</sup>

Para este caso, es pertinente recordar los planteamientos de Nancy Fraser<sup>41</sup>, en especial cuando indica que una “forma de entender la injusticia es la cultural o simbólica. En este caso, la injusticia está arraigada en los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación. Los ejemplos de esta injusticia incluyen (...) el no reconocimiento (...) y el irrespeto.” Así, se considera a los homosexuales como sexualidades menospreciadas que construyen su cuerpo y las prácticas de sí, cuestiones que constituyen las relaciones de Género, en un panorama signado por las aristas de la injusticia por la falta de reconocimiento y de la injuria, factores que inciden notablemente en la formación de su identidad. Todo esto tiene como correlato que la sexualidad es un modo de establecer diferencias sociales cuyos fundamentos no se encuentran ni en la economía ni en las concepciones estatales o políticas, aunque sus reflejos se proyecten en éstas estructuras; más bien, tienen su génesis en la *estructura cultural-valorativa de la sociedad*<sup>42</sup>, en las dinámicas que privilegian el heterosexismo y que validan la homofobia como una reacción propia en aras de resguardar un esquema social en el cual las relaciones entre los sexos están determinadas por un viso patriarcal. En este sentido, la investigación tratará de un problema que hasta ahora está siendo reconocido como parte esencial de los debates de Género, gracias a las definiciones amplias de esta perspectiva, que anclan su énfasis en las

---

<sup>39</sup> Bourdieu, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, Pág. 219 a 220.

<sup>40</sup> López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 37. La *ratio decidendi* se opone a la *obiter dictum*, es decir, todas aquellas partes de la sentencia que pueden entenderse como motivaciones auxiliares.

<sup>41</sup> Fraser, Nancy. *¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época postsocialista*. En: *Institua Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Pág. 21 y 22.

<sup>42</sup> *Ibidem*, Pág. 29

prácticas sociales atinentes a las relaciones hombres-mujeres frente a un modelo que, no sólo privilegia lo masculino, sino un esquema fijo de intercambio sexual y por ende, de familia. Por lo anterior, se puede afirmar que la homosexualidad es una de las líneas que conforman el espectro de esta perspectiva, ya que entenderla, es una manera de deconstruir parámetros arraigados en la cultura de la masculinidad hegemónica<sup>43</sup>. Se tiene entonces que este tema, el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, se encuentra conectado directamente con el problema del reconocimiento, el cual se abordará desde las concepciones de Género, puesto que, una revisión a la falta de visibilidad del grupo homosexual en los ámbitos del Derecho, ayudará a discernir, por lo menos en la cuestión jurídica, el funcionamiento sutil de las dinámicas que soportan en silencio la permanencia del patriarcado y de sus visiones acerca de lo que debe ser el mundo de la sexualidad. Por estas razones, tomar un caso específico en el cual los homosexuales han sido tratados como un colectivo que no merece reconocimiento y por tanto, derechos, permitirá un análisis concreto de las normas veladas que operan en el proceso de formación de la ley y del pensamiento jurisprudencial, que fomentan el culto a la tradición y el predominio de una única manera de entender los roles y posicionamientos<sup>44</sup> de hombres y mujeres en el entramado social; develará modelos de comportamiento que permiten que la homosexualidad sea una forma de ser *outsider*, una vía expedita para perder derechos y para ser excluidos *de facto* de los fines del Estado. En fin, se pretenderá dar respuesta a la pregunta por las limitaciones jurídicas a los que se ven enfrentados los homosexuales, a partir de la Constitución Política de 1991, para obtener la afiliación a la Seguridad Social en Salud de su compañero/a permanente.

Es cierto, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, el dilema homosexual<sup>45</sup> ha entrado explícitamente en los campos jurídicos, como una tensión que propugna por el reconocimiento o desconocimiento de sus derechos. Esto no quiere decir que, antes de la fecha mencionada, el tema homosexual fuese invisible o poco conocido, sino que para el campo del Derecho la nueva Carta Constitucional supone un hito que demarca los contornos de un nuevo desarrollo de los derechos fundamentales, elevados a rango

---

<sup>43</sup> Se entiende por *masculinidad hegemónica* una construcción cultural acerca del ser masculino, dominante y universal que pretende encarnar el *deber ser* recurriendo a la naturaleza y al esencialismo, de manera que se vuelve una explicación tautológica, totalitaria e inmodificable.

<sup>44</sup> Se utiliza la palabra *posicionamiento* en vez de *rol*, por cuanto, a través de la primera se evidencia que las personas no poseen un lugar estable en la sociedad, cuestión que sí surgía de la metáfora de los *roles*. Ann Phoenix expresa que “el concepto de posicionamiento construye a las personas considerando que están ‘involucradas’ en relaciones sociales dinámicas en las cuales cada participante crea posiciones y las pone a disposición de sí mismo y de otros para ser ocupadas, ignoradas o afrontadas.” (Phoenix, Ann. *Cómo se Negocia una Posición de Sujeto Intermedia: Muchachos entre once y catorce años, masculinidades y educación escolar*. En: Revista Nómadas, número 16, abril de 2002, pág. 28 a 39)

<sup>45</sup> Se habla de dilema en el sentido en que dicho tema se encuentra en bastantes encrucijadas, en las cuales parece no existir una respuesta correcta, sino una tensión entre dos o más salidas que gozan de validez. Esto se aplica para el campo jurídico, como para el campo de la construcción de la identidad.

constitucional, y de dinámicas antes ajenas al derecho de acción<sup>46</sup> de los sujetos, como es el caso de las acciones de tutela, de las acciones de constitucionalidad, acciones de grupo y populares<sup>47</sup>. Por esta razón, los movimientos que propenden por el desarrollo de los postulados insertos en la Carta Magna, arrojaron interesantes fenómenos sociales que involucraban a actores que muy pocas veces podían manifestarse bajo el régimen anterior, es el caso de las comunidades indígenas, las negritudes, las mujeres y, por supuesto, la comunidad homosexual, aunque ésta última no puede vanagloriarse de la cohesión de la que sí gozan los colectivos anteriores<sup>48</sup>, por cuanto, los homosexuales se encuentran fragmentados al no contar con una identidad cultural común<sup>49</sup> y al basar sus acuerdos de agrupación, simplemente, en una identidad sexual. Sin embargo, a pesar de las cuestiones que atañen a la identidad grupal, los homosexuales, a través del ejercicio de acción individual, han forzado a que los jueces se pronuncien acerca de sus derechos y realicen un esfuerzo de hermenéutica jurídica, que en bastantes ocasiones no ha sido muy afortunado, en pro de llenar de contenido la enunciación abstracta de derechos que ha legado la Constitución. Es así como los homosexuales han acudido a la acción de tutela y a la acción de constitucionalidad para demandar derechos a la adopción, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la Seguridad Social.

Si bien, el universo que conforman los temas anteriores no puede ser deslindado sin provocar graves fisuras en la comprensión de las estrategias de un grupo discriminado en su esfuerzo por ser reconocido, el tema que encarna la Seguridad Social es uno de aquellos que representa muy bien las pugnas de un Estado Social de Derecho, que supuestamente se ha despojado de ciertos prejuicios, frente a un colectivo que lee en la Constitución sus

---

<sup>46</sup> El derecho de acción tiene que ver con la facultad de las personas de acudir a la rama jurisdiccional con el fin de que sus peticiones sean atendidas y resueltas. Esto no quiere decir que se tenga derecho a una decisión concreta, sino derecho a proponer temas de decisión a las autoridades.

<sup>47</sup> Si bien las acciones populares y de constitucionalidad ya existían en el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución de 1991, con su correspondiente consagración de derechos fundamentales, de creación de la Corte Constitucional y de regulación expresa de la tutela y de las acciones populares, brindó una dinámica de mayor versatilidad al tema que permite afirmar que el panorama del derecho de acción de los sujetos ha experimentado un gran cambio.

<sup>48</sup> Obviamente, la cohesión de la que gozan las negritudes, las mujeres y los indígenas también puede considerarse débil, no obstante, puede encontrar asidero en características comunes simplemente aprehensibles como la raza y el género; en cambio, en el caso de los homosexuales se multiplican los factores disociadores en la medida que la confluencia o *interseccionalidad*, concepto que se explicará más adelante, es mayor: un homosexual puede ser discriminado además por ser de raza negra, por ser indígena o por ser de baja extracción social; también, un homosexual puede ser discriminador por considerar que su pertenencia a la raza blanca y burguesa le concede un status especial frente a los demás.

<sup>49</sup> Quizá este dilema de la identidad ha contribuido a una discusión que, a pesar de exceder las intenciones de este estudio, valga la pena reseñar, ya que lo *queer* ha puesto en la palestra un viejo debate que surgía en el interior de la comunidad gay acerca de la *separación-asimilación*, que evidencia el eterno deseo encontrado de las *lesbianas* y los *gays* de ser aceptados como uno más en el concierto de la sexualidad y, al mismo tiempo, de no perder su identidad, sus diferencias. Incluso, en el sentir de Joan Scott, el movimiento feminista negocia con ese dilema constantemente. (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 166.)

derechos de determinada forma. Valga la pena aclarar que la divulgación de la tutela, y el gran impacto creado por los derechos fundamentales, ha posibilitado que actualmente se planteen disertaciones acerca del contenido de los derechos entre un particular y el Estado por medio de la Rama Jurisdiccional. Aunque la palabra en Derecho la dominan, en su mayoría, el Congreso, los jueces y en este caso la Corte Constitucional, eso no obsta para concebir el Derecho colombiano como una disciplina dinámica que permite la revisión y el giro en la línea de decisiones de la Corte. Por ese motivo, esta investigación se centrará en un tema específico, el cual parte del supuesto derecho de los homosexuales a afiliarse a su compañero/a permanente a la Seguridad Social en Salud, decantado a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto y analizado con perspectiva de Género, en el entendido de que este “es una forma de ordenamiento de la práctica social”<sup>50</sup>, y que por tal, se refiere a los cuerpos y a las dinámicas que se evocan sobre el mismo, al escenario de la identidad sexual, en tanto elemento de lo social y producto de lo cultural.

El primer capítulo de este estudio abordará el manual del juego, entendido como las reglas explícitas e implícitas que determinan la conducta de los jugadores, las cuales, básicamente, se encuentran en la ley de Seguridad Social, ley 100 de 1993, en su dimensión de desarrollo directo de los postulados constitucionales y de sus artículos transitorios; el segundo se anclará en uno de los tantos trasfondos del juego, es decir, en la relación de las teorías de Género y el dilema homosexual, en aras de hacer evidentes las aristas que cruzan al heterosexismo como parte de una visión del mundo netamente patriarcal; el tercero hará hincapié en las sentencias *hito*<sup>51</sup> que se refieran a la cuestión homosexual, como al derecho a la afiliación en la Seguridad Social en salud, y se realizará un estudio detallado de los argumentos de la SU-623 de 2001<sup>52</sup>, con la idea de hacer evidentes las estrategias de uno de

---

<sup>50</sup> Connel, R.W. *La organización social de la masculinidad*. pág 35.

<sup>51</sup> Las sentencias *hito* “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior (sic) de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de los magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito (...) El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador.” (López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Pág. 68)

<sup>52</sup> Las sentencias de unificación o SU, son aquellas en las que la Corte Constitucional unifica criterios con respecto a un tema específico para evitar fallos contradictorios que vulneren el derecho a la igualdad. La sentencia C-037 de 1996 lo indica de la siguiente forma: “Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.”

los jugadores (los *homosexuales*, jueces, abogados); el cuarto pondrá sobre la mesa de juego las discusiones acerca de las aparentes violaciones a las reglas, y los posibles comportamientos que han de asumir los participantes; para allí culminar con un epílogo que dé cuenta del porqué de las tácticas fallidas en el trámite de un proyecto de ley al respecto en el Congreso de la República y, con base en ellas, de las proyecciones de una próxima jugada victoriosa o que, por lo menos, la avizore.

## 1. EL MANUAL DEL JUEGO: LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social, en abstracto, ha sido entendida de diversas maneras: como una política social del Estado o como todas las formas de protección del bienestar material y de las necesidades comunes de la sociedad. No obstante, para el presente estudio, el concepto que más se acomoda a la naturaleza del análisis es el que está sancionado por el Congreso en su papel de *público fuerte*<sup>53</sup>, y que ha sido desarrollado por los jueces, en atención a lo cual su entendimiento será de carácter legal y restringido.

Antes de abordar el sentido legal de la Seguridad Social, es pertinente recordar que ésta recoge una serie de prestaciones legales que están directamente relacionadas con nociones clásicas de *familia*, y con la situación de hombres y mujeres en esa unidad básica. Por esa razón, “las discriminaciones existentes en la generalidad de los Sistemas de Seguridad Social apuntan menos a la situación de las mujeres en general que a su situación familiar concreta”<sup>54</sup>, aseveración que sirve de punto de partida para un estudio de la discriminación de la homosexualidad en los regímenes que intentan proteger una concepción determinada de familia, por cuanto, la práctica excluyente no está dada, tampoco, por la homosexualidad en sí, sino por el lugar que hay que otorgarle a dicho fenómeno en una organización social que sólo entiende por aquélla específicas formas de asociación común, y deja de lado otras por no encajar directamente en el arquetipo.

### 1.1. Lo constitucional y lo legal: cómo las reglas del juego se van refinando

Para comenzar, basta con examinar el preámbulo de la Constitución para enfocar el tema en el ámbito del Estado Social de Derecho, aquél que además de defender la seguridad jurídica, la participación y la libertad, inserta dentro de sus postulados, el principio de la solidaridad<sup>55</sup>, del cual se derivarán diversas prestaciones y garantías avaladas por el

---

<sup>53</sup> Nancy Fraser plantea que el *público fuerte* es aquel cuya práctica deliberativa forma algo más que una opinión, por cuanto, sus pronunciamientos tienen el poder de la toma de decisiones vinculantes que afectan a los individuos y el desenvolvimiento del Estado. (Fraser, Nancy. *Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes*. En: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Pág. 128 a 131)

<sup>54</sup> Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen. *Mujer y Discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2000, pág. 203

<sup>55</sup> La ponencia del Senador Alvaro Uribe Vélez para el segundo debate en el Senado de la Ley 100, estableció que la solidaridad debía ser entendida como “el conjunto de esfuerzos redistributivos, entre individuos de diferente nivel de ingreso, entre generaciones, entre hombres y mujeres, entre regiones que se realicen bien a través del fisco o de las cotizaciones directas a la Seguridad Social, para prestarle a todos los mismos



articulado constitucional y que da sustento al Sistema de Seguridad Social, que representa, más que un servicio público a cargo del Estado, la realización del principio de colaboración en el sostenimiento de las cargas públicas y de realización efectiva del derecho a la igualdad.<sup>56</sup>

El artículo 49 de la Constitución Política, ubicado en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales, indica que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, de manera tal que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; en el entendido de que “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (...) La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.”

De lo anterior se colige, entonces, que el Estado presta los servicios de salud, directa, por medio de una entidad estatal, o indirectamente, por medio de una entidad privada autorizada por él, organizaciones que integran, en últimas, el Sistema de Seguridad Social,

---

servicios, compensando a quienes por sus condiciones requieren mayor protección.” (Torres Corredor, Hernando (comp.). *Sistema de Seguridad Social. Ley Básica*. Pág. 44)

La ley 100 de 1993, en su artículo 2º, estatuye que la solidaridad es “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil (...)”

La Corte Constitucional se ha expresado al respecto de la siguiente manera: “La idea y las proyecciones del Estado Social de Derecho, que es característico de nuestra organización política, según lo expuesto por el artículo 1º de la Carta, y que proclama una responsabilidad estatal mucho más ligada a la obtención de resultados favorables a la satisfacción de las necesidades primigenias de la comunidad y de los asociados, dentro del orden jurídico, que al encasillamiento formal de sus actuaciones en los moldes normativos. En el actual sistema jurídico, el principio de solidaridad, contemplado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado, si bien no bajo una concepción paternalista que establezca una dependencia absoluta. A tal concepto se ha referido esta misma Sala, indicando que tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. (T-309 de 1995)

<sup>56</sup> Hay que tener presente la crítica feminista a la elaboración teórica que distingue los derechos de primera generación de los de segunda generación, por cuanto se tiene que el derecho a la Seguridad Social hace parte de esta última categoría. A pesar de que constituye un tema que no hace parte de los presupuestos de este estudio, es pertinente anotar que los primeros hacen referencia los derechos civiles y políticos, mientras los segundos a los económicos y sociales. La diferencia, además del contenido, radica en que los de primera generación son verdaderas reivindicaciones protegidas o avaladas directamente por los estados, aunque sea de manera formal, mientras que los de segunda son considerados “programáticos” o metas que han de cumplirse dependiendo de la capacidad presupuestal de los estados. La crítica radica en que “para poder cumplir en forma mínima con los derechos civiles y políticos (...), para asegurar los derechos mínimos de ciudadanía, se debe trascender la dicotomía que existe en el discurso actual de derechos humanos. Por lo tanto, al asegurar los derechos civiles y políticos (...), se debe responsabilizar al Estado de la obligación afirmativa de garantizar la erradicación de las condiciones sociales y económicas que mantienen y perpetúan la subordinación.” (Romany, Celina. *La Responsabilidad del Estado se Hace Privada*. En: Cook, Rebecca J. *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Pág. 101 y 102).

ya previsto en el artículo 48 de la Carta, al preceptuar que la “Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, en los términos que establezca la ley.” Es así como, este sistema cubre los servicios de salud, riesgos profesionales, pensión de invalidez y pensión de vejez.<sup>57</sup> No obstante, como lo indica el mismo precepto constitucional, la cobertura del sistema se irá ampliando progresivamente, de acuerdo a lo estipulado en la ley.

De esto se sigue que la Constitución Política se limitó a establecer unos derechos abstractos, de desarrollo progresivo<sup>58</sup>, que no tienen el carácter de fundamentales, para que fueran objeto de una ley que los regulara, especificará y los convirtiera en mandatos operantes<sup>59</sup> y no en simples mandatos sociales, parte de un programa constitucional de avanzada. Por estos motivos, y de acuerdo al artículo 57 transitorio<sup>60</sup>, en octubre de 1992, el Gobierno Nacional entregó al Congreso el Proyecto de Ley número 155 que proponía la reforma al régimen de pensiones, con su correspondiente sistema de ahorro individual; sin embargo, las comisiones encargadas de su estudio propusieron al Gobierno la entrega de una reforma que incluyera el tema de la salud, en aras de surtir un trámite conjunto que cumpliera a cabalidad con el artículo transitorio pertinente. La respuesta fue una reforma, presentada en diciembre del mismo año, limitada al sistema de subsidios directos a la población más pobre. En el trámite del citado proyecto, diversos sectores presentaron sus propuestas, para culminar, en diciembre de 1993, en la comisión de conciliación se superaron los obstáculos que frenaban la adopción final de la ley de Seguridad Social, la cual significó una reforma profunda a los regímenes de pensiones, de salud y de riesgos profesionales, todo ello en aras de reflejar los principios de solidaridad, universalidad, unidad de dirección y gestión, y eficiencia, plasmados en la Constitución de 1991.<sup>61</sup>

La ponencia para segundo debate, surtida en el Senado, en julio 29 de 1993, por el Senador Álvaro Uribe Vélez, hizo énfasis en que los beneficios de la reforma estarían dirigidos a la

---

<sup>57</sup> Artículo 4° de la ley 100 de 1993.

<sup>58</sup> Cfr. Literal d), artículo 154, ley 100 de 1993.

<sup>59</sup> Como se explicitó antes, el derecho a la Seguridad Social es considerado un mandato social antes que un derecho que pueda ser exigido directamente al Estado. La Corte lo ha dicho en los siguientes términos: “La Seguridad Social se ubica dentro de los principios constitucionales considerados como necesarios para la efectividad de la igualdad material. **En este sentido no se trata de un derecho judicialmente exigible, sino de un mandato social que el constituyente de 1991 atribuye al Estado Social de Derecho. Por ello, las reglas y leyes en general, relacionadas con la Seguridad Social no se configuran para restringir el derecho, sino para el desarrollo normativo que oriente y ordene su optimización.**” (C-828 de 2001)

<sup>60</sup> Artículo 57 transitorio: “El Gobierno formará una comisión integrada por representantes del gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales, para que en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, elabora una propuesta que desarrolle las normas sobre Seguridad Social.

Esta propuesta servirá de base al Gobierno para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar a consideración del Congreso.”

<sup>61</sup> Cfr. Torres Corredor, Hernando (Comp.) *Sistema de Seguridad Social. Ley Básica*. Volumen I., pág. 7 a 16.

clase media colombiana, por cuanto que “un número superior a 500.000 ciudadanos compran en la actualidad pólizas privadas de salud además de pagar el costo de su afiliación al Instituto de los Seguros Sociales, y que en adelante, gracias a la diversidad de afiliadores, podrá reducir ese doble costo (...)”.<sup>62</sup> Esta afirmación fue enmarcada en la grave situación de la salud en Colombia, cuya ampliación no se compadecía con la operada en otros servicios públicos, por cuanto el sistema aún se encontraba atrapado en la etapa de la asistencia pública, sin ser capaz de operar el salto a la verdadera Seguridad Social. Esta situación se evidenciaba, claramente, en el subsidio indirecto, o a la oferta, que hacía parte de la financiación de la población más pobre, creando complicaciones, ineficiencia y falta de equidad, circunstancia que desencadenó la urgencia de entregar ese subsidio a la demanda o directamente a la población referida, para que fuera ella la que se beneficiara del gasto público y no las entidades asistenciales.<sup>63</sup> Por otro lado, la diversidad de regímenes, incompatibles entre sí, que permitía la anterior reglamentación, conllevó a una clara ineficiencia en el sistema que limitaba las opciones del ciudadano en pro de mejorar la cobertura de su derecho a la salud, ya fuera por cambio de trabajo, o por simple necesidad de proveerse de un mejor servicio.

Adicionalmente, la ponencia estudió con detenimiento la naturaleza jurídica del derecho a la Seguridad Social y expresó que como derecho de segunda generación, es decir, como uno de los derechos económicos, sociales y culturales, la Seguridad Social se enmarca en el concepto de derecho-prestación, es decir, de los derechos que precisan de desarrollo legislativo para ser efectivos, y que por tal, no son tutelables, salvo en los casos de conexidad<sup>64</sup>. En fin, “son derechos en cuanto a que las personas de acuerdo con lo que establezca el derecho aplicable tienen la aptitud de demandar que el Estado respete esos derechos brindando los medios necesarios para ello. Pero no pueden suponer –con carácter general- la facultad directa e inmediata de exigir concreta y específicamente al Estado, la prestación que está en la esencia del reconocimiento del derecho. La obligación del Estado radica en el imperativo deber de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 23.

<sup>63</sup> Cfr. Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas. *El saneamiento fiscal, un compromiso con la sociedad. Tema III: descentralización*. Pág. 143 a 164.

<sup>64</sup> La sentencia SU-111 de 1997 indicó: “La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen **conexidad** con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”. (negritas fuera del texto)

financieras, los recursos necesarios para la satisfacción de esos derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>65</sup>

En especial, para el campo de la salud, la ponencia partió del principio de que todos los colombianos podrían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a empresas promotoras de salud (EPS) constituidas por el Estado o por los particulares con su autorización; y determinó que la prestación de los servicios incluiría al trabajador y a su familia, proyectando que la cobertura universal sería alcanzada en los primeros años de siglo XXI. En lo que concierne a los regímenes, señaló que el contributivo estaría sustentado en las cotizaciones de los empleadores, de los empleados y de los aportes individuales de los trabajadores independientes; mientras que el subsidiado estaría integrado por recursos de origen fiscal y con aportes de solidaridad de los afiliados al régimen anterior, recursos que entrarían a hacer parte de la parafiscalidad.

De esta forma fue discutido en su último debate el Proyecto de Ley número 155, el cual, sin mayores modificaciones, se convirtió en la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se adoptan otras disposiciones”.

## **1.2. Las piezas del juego: Ley 100 de 1993**

Se puede decir, entonces, que la Seguridad Social es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos que garantizan los derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad en general, con el fin de obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten (artículo 1 de la ley 100 de 1993). Por tanto, el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios. De esto se deduce que, la Seguridad Social, es un servicio público de carácter obligatorio y, además, es un derecho subjetivo, que, si bien no es un derecho fundamental<sup>66</sup>, es tutelable cuando afecta a uno de éstos derechos. De esto se colige que, la Seguridad Social en Salud, es el sistema que crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio (POS) para todos los habitantes del territorio nacional a mediano plazo, que permitirá la protección integral de las familias en las áreas de maternidad y enfermedad en general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación para todas las patologías, según la

---

<sup>65</sup> Manrique Reyes, Alfredo. *La Constitución de la Nueva Colombia*. Alcaldía de Medellín –PNUD-, Fondo Editorial CEREC, 1991, pág. 18. (En: Torres Corredor, Hernando. *Sistema de Seguridad Social. Ley Básica*. Volumen I, pág. 46)

<sup>66</sup> Este carácter meramente programático del derecho a la Seguridad Social hunde sus raíces en la distinción del derecho internacional público entre derechos civiles y políticos, como obligación inmediata del Estado, y los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos de cumplimiento progresivo según la capacidad de los Estados.

intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se vayan definiendo (artículo 162 de la ley 100 de 1993).

Teniendo claro lo anterior, hay que precisar que el presente Sistema de Seguridad Social en Salud, contenido en la Ley 100 y sus posteriores desarrollos, ha procurado responder a un ordenamiento constitucional más inclusivo y que, sobre todo, pretendió implantar por medio de simples palabras las nociones de *dignidad humana*, *ciudadano*, *participación* y *Estado*, innovaciones que en la práctica conllevan mucho más tiempo para cimentarse en la praxis social. En esta materia, la labor de la Corte Constitucional ha sido protagónica, en especial, en los casos en que los conceptos de la Carta Política se hacen inaprehensibles por su ambigüedad o su amplitud. Así, el nuevo sistema pretendió corregir las deficiencias que presentaba el anterior Sistema Nacional de Salud, el cual se basaba en la capacidad de pago y en la concepción asistencial de la población menos favorecida. Como el éxito de éste último rubro fue notablemente bajo, además del contraste evidente de las inequidades a las que eran sometidas las personas sometidas al sector oficial asistencial se hizo imperioso que, junto con la promulgación de una nueva carta de derechos fundamentales, se presionara al Congreso en la expedición de una regulación distinta que respondiera a las expectativas de mejoramiento señaladas. Es así como la nueva ley abandonó el sistema asistencial, y se adscribió a la prestación del servicio mediante el aseguramiento universal de la población en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este orden de ideas, el sistema tomó en cuenta la capacidad de pago para crear el régimen subsidiado y el régimen contributivo; este último no posee notorias diferencias con la anterior concepción, mas, el subsidiado se perfiló como uno de los principales cambios que acusa su estructura, puesto que “se pasa de entregar recursos a las instituciones que prestan los servicios, a ‘otorgar’ el subsidio a la población a través del aseguramiento de la prestación de una cantidad de servicios anuales iguales.”<sup>67</sup> En este caso, la prioridad de afiliación está encaminada a la población más vulnerable sin capacidad de pago: “el grupo materno infantil, los discapacitados, los trabajadores informales y los indígenas, entre otros.”<sup>68</sup>

Como se puede observar, la actualización y el intento de mejora en el cubrimiento de la población menos favorecida por el Sistema de Seguridad Social hace parte de un movimiento mayor que se inicia, por lo menos en el campo de lo jurídico, en 1991, y que promueve una noción más amplia de *ciudadano* y de *persona*, en el entendido que este sujeto hace parte de una organización estatal no sólo por su facultad de elegir y ser elegido, sino por la posibilidad de recibir atención o de contribuir a su prestación (es el caso de la población con capacidad de pago que subsidia los servicios de salud de aquellos que no cuentan con la posibilidad de aportar), por medio de la equivalencia de la que ya hablaba

---

<sup>67</sup> Rosas Vega, Gabriel (Coordinador) *El saneamiento fiscal, un compromiso de la sociedad*. Comisión de la racionalización del gasto y de las finanzas públicas, informe final, 1997, Pág. 156 y 157.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 156.

Chantal Mouffle<sup>69</sup>, concepto que permite apreciar los matices de la igualdad y de la distribución consiguiente. En esta vía, se esclarece que las palabras del legislador tuvieron una clara intención, un objetivo a ser alcanzado, por cuanto su sanción de *público fuerte*, vinculante, propició un movimiento regulador subsiguiente, por parte del ejecutivo y de la rama judicial, que de otra forma no hubiese sido imaginable. Por esto, las voces del legislador, así no sean explícitas, son contundentes y performativas, pues tienen la virtualidad de modificar una realidad que traspasa lo jurídico, y que se instala en el mismo seno de la política, de la economía y de las concepciones éticas de los asociados. La Ley 100, entonces, contiene una nueva visión de la contribución a las cargas del mantenimiento de la sociedad y, a primera vista, pretende ser extensa y universal, sin embargo, los mecanismos que fueron ideados para asegurar la afiliación y su control toman como base el concepto de familia, un vocablo que se instala en el terreno del Derecho desde la misma Constitución, y que ha sido motivo de amplios debates, dado que de su definición depende quiénes pueden acceder a ciertos servicios, como el que nos ocupa, y cómo lo pueden lograr sin tener que acudir a prácticas extremas de interpretación.<sup>70</sup>

### 1.3 Cómo entrar en el juego

De acuerdo al artículo 25 del decreto 806 de 1998, se consideran afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los residentes en el país, que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al régimen subsidiado, y los vinculados temporalmente. Los afiliados mediante el régimen contributivo serán “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”; los afiliados mediante el régimen subsidiado “son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”; y los vinculados son aquellos que por “motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud

---

<sup>69</sup> “El objetivo es construir un *nosotros* como ciudadanos democráticos radicales, una identidad política colectiva articulada mediante el principio de *equivalencia* democrática. Debe ser subrayado que tal relación de *equivalencia* no elimina las *diferencias* – lo contrario sería simple identidad.” (Mouffle, Chantal. *Feminismo, ciudadanía y política democrática radical*. Pág. 16 y 17)

<sup>70</sup> Es pertinente citar al Bourdieu que dice que “a diferencia de la hermenéutica literaria o filosófica, la práctica teórica de interpretación de textos jurídicos no es un fin en sí mismo. Al estar directamente orientada hacia finalidades prácticas y estar configurada para producir efectos prácticos, paga su efectividad con la restricción de su autonomía. (...) por más que los juristas pueden enfrentarse entre sí debido a textos cuyo sentido no se impone jamás de manera absolutamente imperativa, se encuentran incluidos dentro de un cuerpo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas que está en condiciones de resolver los conflictos entre los intérpretes y las interpretaciones. Y la rivalidad entre los intérpretes encuentra su límite en el hecho de que las decisiones judiciales pueden distinguirse de puros golpes de fuerza políticos sólo en la medida en que se presenten como el resultado necesario de una interpretación reglada de textos unánimemente reconocidos.” (En: Bourdieu, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En *La Fuerza del Derecho*, pág. 162 y 163)

que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”<sup>71</sup>

La ley garantiza a estos afiliados, entre otros, “la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162<sup>72</sup> por parte de la Entidad Promotora de Salud respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritas”; e impone, como un deber, de acuerdo a su filosofía, el afiliarse con su familia, de acuerdo al artículo 160 del mismo ordenamiento.

De esto se sigue que el artículo 163 establece que el POS tendrá cobertura familiar, de manera que serán beneficiarios del Sistema “el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes de dedicación exclusiva y dependen económicamente del afiliado.” Cuando faltan todos estos posibles beneficiarios, la cobertura podrá alcanzar a los padres del afiliado que no disfruten de pensión y que dependen de éste económicamente.

Siguiendo la línea de argumentación que guía la pregunta de esta tesis, es necesario resaltar la posibilidad que otorga el artículo citado en cuanto a quiénes pueden ser beneficiarios del afiliado, en especial en el fragmento que habla del compañero o de la compañera permanente, cuya unión sea superior a los dos años, por cuanto esta ha sido la única vía manipulada por los homosexuales cuando se trata de ganar la afiliación de su compañero/a, ya que procuran manejar la supuesta ambigüedad de la previsión, para así defender su derecho.

#### **1.4. Cómo mover las fichas en el tablero: ¿Quién puede ser compañero/a de quién?**

El artículo 163 de la ley 100 de 1993 indica que el Plan Obligatorio de Salud (POS) tendrá cobertura familiar, y que los beneficiarios del mismo serán el/la cónyuge o el compañero/a permanente, entre otros. Dicha previsión, conduce inmediatamente a la noción de *compañero/a permanente*, y a la idea de familia que impregna al ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, la ley 54 de 1990 constituye el hito en la utilización de éste

---

<sup>71</sup> Artículo 157 de la ley 100 de 1993.

<sup>72</sup> Ver página 22 y 23 de este trabajo. Vale la pena anotar que el párrafo 2º del artículo mencionado estipula que “los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y **las condiciones financieras del Sistema.**” (negrillas fuera del texto)

vocablo, en el ámbito concreto de brindar protección al patrimonio y a los hijos concebidos por fuera de los vínculos matrimoniales sancionados por el Estado; giro legislativo que evidencia la susceptibilidad tardía del Congreso para reconocer mutaciones en instituciones de fuerte raigambre conservadora, como lo es la familia. Es cierto que la mencionada ley buscaba, exclusivamente, la regulación de una coyuntura que incluía a la pareja y a la familia formada por hombre y mujer, tanto así que la precipitada norma no es de aplicación directa en el área de la Seguridad Social, por respeto al principio de unidad de materia. En atención a lo especificado, la aplicación de dicha expresión tan sólo se puede hacer de forma mediata, como fuente de un término que será recogido con sentido más o menos restringido, dependiendo de los decretos y de las sentencias que integren el panorama específico. Por este motivo, en el caso que nos ocupa, el Decreto 1889 de 1994, el cual trata de los afiliados al Sistema General de Pensiones, tema similar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es susceptible de analogía a la materia general de la Seguridad Social y su cubrimiento. En el artículo 10 del citado precepto se hace una clara diferencia entre quién puede ser compañero de quién, en otras palabras, hace visible que para considerarse compañero/a permanente en el ámbito pensional, se tiene que contar con diferencia de sexos, es decir, hacer parte de una unión heterosexual, requisito que luego es trasladado, gracias a la jurisprudencia<sup>73</sup>, al terreno de la afiliación y la cobertura familiar del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que plantea la pertinencia de llevar a cabo estos malabares analógicos de un requisito que puede haberse pensado sólo para el régimen de pensiones, pero que si se permite subsistir aislado en esta área, corre el peligro de un juicio en la igualdad y de una incoherencia en el sistema que podría subsanarse ampliando la cobertura de ambos sectores, trayendo consigo una sobrecarga en el mismo.<sup>74</sup> En fin, argumentos de conveniencia que están acompasados con el artículo 48 de la Constitución, “en lo relativo a la necesidad de que el Estado diseñe mecanismos que permitan el acceso gradual de la población al sistema de Seguridad Social, en concordancia con la política social del Estado, con el propósito de que la asunción de riesgos responda a la posibilidad cierta de atenderlos.”<sup>75</sup>

De esto se colige que, por lo menos en el ámbito de la Seguridad Social, en aras de la unidad en la regulación, el compañero/a permanente homosexual está excluido de entrada por una “nítida” hipótesis jurídica que no le da cabida a una unión que tiene por principio la identidad en los sexos; sin embargo, esta nitidez no es una evidencia contundente, sino que ha sido desarrollada a través de un particular *a priori* que casi nunca es expreso en las normas, y que apenas se dibuja en las exposiciones de motivos: la *familia* que se quiere

---

<sup>73</sup> *Crf.* T-1426 de octubre 19 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>74</sup> En la sentencia T-1426 de 2000 la Corte hubiera llegado a la misma conclusión de negar la afiliación al *compañero a permanente homosexual*, sin necesidad de recurrir a la aplicación analógica del Decreto 1889 de 1994, a través del respeto a su propio precedente en materia de qué se entiende por *familia*, por cuanto el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 parte de lo que la legislación en materia de Seguridad Social en Salud llama *cobertura familiar*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.



defender con la función del Congreso y con el derecho que se dicta desde el aparato judicial.<sup>76</sup>

No en vano el artículo 163 de la ley 100, anteriormente citado, se refiere a la *cobertura familiar*, a la axiología del sistema y a la necesidad de fundamentar la prestación del servicio en una base sólida que le brinde una lógica a su funcionamiento. En esta línea, la *familia* como el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política) y como una reunión, al parecer, sencillamente identificable de individuos, presta la piedra angular a un sistema que sueña con la universalidad en sus postulados, pero que choca de forma constante con las limitaciones económicas y con las dificultades de establecer con rapidez las mutaciones a las que se ve enfrentada la sociedad y sus tendencias organizativas.

Según el señalado artículo 42, “la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Con base en esta definición constitucional, la cual ha sido debatida ampliamente, ya que se discute si las parejas del mismo sexo pueden constituirla<sup>77</sup>, se intenta desentrañar cuál ha sido la verdadera entidad de la voz *familia* que está

---

<sup>76</sup> No sobra anotar que estas “manías” interpretativas que se dan en el interior del Derecho no son simplemente perversas, sino que responden a la textura esencialmente abierta de las palabras en el campo de lo jurídico. Hart lo expresa en estos términos: “In any large group general rules, standards, and principles must be the main instrument of social control, and not particular directions given to each individual separately. If it were not possible to communicate general standards of conduct, with multitudes of individuals could understand, without further direction, as requiring from certain conduct when occasion arose, nothing that we now recognize as law could exist. Hence the law must predominantly, but by no means exclusively refer to *classes* of a person, and to *classes* of acts, things, and circumstances; and its successful operation over vast areas of social life depends on a widely diffused capacity to recognize particular acts, things, and circumstances as instances of the general classification which the law makes. (...) Legal theory has in this matter a curious history; for it is apt either to ignore or to exaggerate the indeterminacies of legal rules. To escape this oscillation between extremes we need to remind ourselves that human inability to anticipate future, which is at the root of this indeterminacy, varies in degree in different fields of conduct, and that legal systems cater for this inability by a corresponding variety of techniques. (...) The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case.” (En: Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Pág. 124 a 136). Sería interesante analizar el camino de ida y vuelta de esta vaguedad en las palabras, porque éstas cuentan con la ambigüedad ya anotada, pero por el otro lado, hacen gala de la precisión de un lenguaje casi científico, con el ánimo de crear un *argot* que no esté al alcance de los legos para que sea propiedad de los doctos en la materia, como anotaría Pierre Bourdieu; de modo que esta imprecisión no es absoluta, sino que está encerrada en los linderos propios de la disciplina.

<sup>77</sup> Uno de los aportes importantes a la discusión de *familia* fue el estudio gramatical que se hizo del artículo 42 en el Salvamento de Voto Parcial de los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Treviño y Eduardo Montenegro Linnet, a la sentencia C-814 de 2001, al decir que “el texto plantea casos distintos en los que se constituye familia, cada uno de ellos, precedido por la preposición ‘por’. Así pues, de la simple lectura de la norma es claro que en ella se contemplan hipótesis diferentes. Una de ellas, por ejemplo, es la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Otra distinta es: por la voluntad responsable de conformarla. Voluntad que, aunque puede, no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual.”

consagrada en los textos de Seguridad Social, por cuanto sobre ella recaen especiales consecuencias jurídicas, en concreto, aquéllas que tienen relación con la posibilidad de acceder al sistema, y de tener como beneficiarios a determinadas personas que van desde el compañero/a hasta los padres. Para este fin, se partirá de los planteamientos que propone Ana Rico de Alonso, en su artículo *Formas, Cambios y Tendencias en la Organización Familiar en Colombia*<sup>78</sup>, en el cual se tiene que las tipologías de la familia se organizan bajo dos vertientes; la primera, se relaciona con el parentesco, la cual construye las categorías unipersonal, nuclear y extendida; mientras, la segunda, basada en las funciones de la conyugalidad, reproducción y supervivencia de sí mismo o de los parientes diferentes del cónyuge o de los hijos. En esta línea, se puede afirmar, entonces, que “la familia se configura y permanece alrededor de dos funciones básicas que definen la estructura de parentesco y que le dan continuidad y permanencia: la conyugalidad y la reproducción de la especie”<sup>79</sup>. De acuerdo con lo anterior, vale la pena anotar que las sociedades están presenciando una modificación en las funciones tradicionales que se la asignan a la familia, derivadas de singulares desplazamientos en la gratificación del deseo sexual, el cual ya no necesita de las sanciones de la legalidad, ni está basado primordialmente en el rol reproductivo. Por esto, junto con la familia tradicional, se afincan nuevos tipos que pasan por las parejas sin hijos, con hijos de pasadas relaciones o, simplemente, parejas del mismo sexo.

Está visto, entonces, que la *familia* reacciona a los cambios históricos, sin que necesariamente éstos entren, inmediatamente, a hacer parte de la legislación, cuestión que es evidente en el caso en comento; una transformación que va de la mano de las que se producen en las relaciones de género y que, a su vez, propician una respuesta del ambiente social que debe acomodarse a las nuevas circunstancias de sus actores. Como se ha dicho en diferentes estudios<sup>80</sup>, la *familia* determina a los individuos, y los individuos promueven variaciones en la *familia*.

Al Derecho le importa la familia de una forma muy distinta a como le puede interesar a la historia, o a la sociología, por cuanto, a través de ella, se puede ejercer el control social,

---

<sup>78</sup> Publicado en Revista Nómadas, Santafé de Bogotá, Departamento de Investigaciones de la Universidad Central, Octubre de 1999, Número 11, Pág. 110 a 117.

<sup>79</sup> Ibidem, pág 112.

<sup>80</sup> Cfr. Familia, Trabajo y (sic) Identidad de Género. Analogías y Contrastes entre Dos Categorías Socio-Profesionales en América Latina. (Luz Gabriela Arango. En: Abramo y Rancel de Paira Abreu (comps.) *Genero e trabalho na sociologia latinoamericana*. ALAST, Sao Pablo, 1998, pág. 169 a 195); Masculinidad y desarrollo. El caso de los compañeros de las mujeres cabeza de hogar. (Javier Pineda Duque. En: Robledo, Ángela y Puyana, Yolanda. *Ética, Masculinidades y Feminidades*. Bogotá, CES, 2000. Pág. 228 a 268). Si bien estos trabajos no tienen relación directa con el caso de la Seguridad Social, ponen de presente las interferencias de las familias en las opciones (con los correspondientes determinismos) de los individuos, y su manera de manejar las relaciones de género; como las ingerencias del individuo en la transformación de los sentidos de la convivencia familiar; por esa razón, sirven de sustento mediano al presente estudio, al estilo de una evidencia más de la categoría *familia* en el desenvolvimiento de las personas, como sujetos de derecho, en el campo democrático.

como a través de la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia se vigila el funcionamiento de la economía. Así pues, las modificaciones familiares, que comienzan con la conquista del espacio íntimo en la privacidad de la familia, hasta la salida de funciones típicas, como la asistencia en Salud, hacia lo público, la van desdibujando, privatizando y desmitificando como esa célula básica de la sociedad (en atención a que las labores que cumplía en la educación, en la normalización y en la comunicación de valores; en fin, lo que se entiende como la socialización en general, ya no la tienen como escenario principal<sup>81</sup>); mas estas modificaciones no provocan una mella directa e instantánea en lo que el Derecho aún quiere entender por ella, y proteger a través de ella. Los postulados constitucionales, con la amplitud que les es propia, parecen abrir una brecha para que las diversas concepciones familiares entren a ser parte de la democracia, como sujetos reconocidos por el Estado, que acuden a él a exigir sus derechos y a cumplir sus deberes; no obstante, esa ligera grieta fue pronto eliminada, por lo menos en el futuro inmediato, a través de la ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y las sentencias de la Corte Constitucional que, sin lugar a dudas, no conciben a la familia conformada por parejas del mismo sexo, creándose así estructuras *parafamiliares*<sup>82</sup> que se encuentran relativamente desprotegidas y desconocidas en sus derechos<sup>83</sup>, detalle que desmiente la universalidad tanto de la cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como los ideales consagrados en el preámbulo que propenden por una democracia participativa en el Estado Social de Derecho. En este sentido, no sólo por medio de lo que *es* familia se modulan determinismos que afectan las relaciones de género y su consiguiente equidad, sino que, también, a través de lo que *no es* familia, gracias a las prácticas interpretativas del texto jurídico, se vulneran derechos, se recorta la plenitud de las capacidades de los sujetos y se desdibujan las características que conforman a los ciudadanos en circunstancias concretas.

Existe, ciertamente, una concepción de *familia* distinta dentro y fuera del Derecho<sup>84</sup>, pues, aunque estudios como los de Ana Rico de Alonso, Javier Pineda Duque, Luz Gabriela Arango, reconocen la mutación de lo que se representa con la palabra, la disciplina de lo

---

<sup>81</sup> *Crf. Fronteras y Espacios de lo Privado*. (Antoine Prost. En: Historia de la Vida Privada. Santillana, Madrid, 2001, pág. 17 a 134); *Maternidad, Familia, Estado*. (Nadine Lefaucheur. En: Historia de las mujeres. Tomo V. Editorial Santillana, Madrid, 2000. Pág. 479 a 505. )

<sup>82</sup> Con *parafamiliar* se quiere dar a entender que existen uniones familiares paralelas por su falta de reconocimiento legal que las desdibujan para el mundo de las leyes, pero que cuentan con un espacio ganado en la dinámica social que tarde o temprano el Derecho tendrá que acoger.

<sup>83</sup> El “relativamente” se inscribe en la idea de que las personas siempre son parientes de “alguien” o, a veces, empleadas de “alguien”, motivo por el cual pueden conseguir su afiliación al sistema por otros caminos que no sean el reconocimiento de la unión homosexual como objeto de consecuencias jurídicas. Valdría la pena ahondar en las trampas de tales argumentos, que no hacen más que acentuar la intención del no-reconocimiento, y que obligan a las parejas homosexuales a mimetizarse en las estrategias y en las dinámicas heterosexuales.

<sup>84</sup> El entendimiento de la Corte Constitucional con respecto a la *familia* puede ser rastreado en las sentencias C-098 de 1996, C-659 de 1997 y C-289 de 2000, pronunciamientos que privilegian aquella monogámica, conformada por el matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir, la Corte considera que la diferencia de sexos es esencial para constituirla.

jurídico hace caso omiso de tales ampliaciones del significado, para casarse (valga la ironía), en aras de la coherencia en la interpretación, con un concepto unívoco que no se presenta en la práctica. La conyugalidad, entonces, no está reconocida más que para las parejas heterosexuales, restringiendo aún más las facultades de la unión homosexual, dado que ni siquiera puede ser considerada *pareja* con vistas a obtener el derecho a la adopción.<sup>85</sup> El Derecho, en la actual coyuntura, es ciego a las organizaciones familiares que partan de un principio distinto a la unión de un hombre y una mujer; esto deriva en que, con su silencio y su resistencia en darle efectos jurídicos a las uniones del mismo sexo, está generando jerarquías de buenas y malas uniones, de mejores familias, de privilegios que no se sabe si estuvieron pensados desde que se redactó la Constitución y que, por tanto, no es factible establecer a ciencia cierta si responden a la intención del constituyente. Lo que no parecería aventurado indicar es que, gracias a las previsiones legislativas, la labor del magistrado constitucional es más restringida y conservadora, por cuanto su interpretación no puede ir más allá de lo que los textos dicen, y su consulta por el espíritu del legislador sólo puede sobrevenir en el momento de una evidente oscuridad en el texto, cosa que no parece presentarse al hacer la revisión de la ley 100 y sus decretos reglamentarios.

Del análisis anterior se concluye que la transición que sufren los fenómenos sociales al mundo de las palabras, y al de la necesidad de conceder derechos y establecer obligaciones, no es una transposición neutra, ni mucho menos, inocente (lo que tampoco quiere decir que sea perversa), sino una renuncia a las reglas del juego de la vida usual y una aceptación tácita, e ignorante, si se quiere, de las reglas del juego del mundo de lo jurídico, del mundo que está constituido por palabras autorreferenciales y que está operado por expertos que refinan su lenguaje. La familia a la que se asiste en las horas cotidianas nunca se compadecerá con la elaboración teórica que realizan los participantes en el juego de lo jurídico.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Sentencia C-814 de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>86</sup> La Corte Constitucional ha defendido el derecho a la Seguridad Social del compañero/a permanente en las sentencias, T-553 de 1994, T-660 de 1998, C-482 de 1998, T-1502 de 2000, entre otras, pero siempre, así sea tácitamente, basadas en una concepción de familia que parte de la unión de hombre y mujer. No sobra anotar que los casos más ventilados en esta sede tienen que ver con la sustitución pensional.

## 2. UNO DE LOS TRASFONDOS DEL JUEGO: GÉNERO Y HOMOSEXUALIDAD

### 2.1. La historia de un deseo de nombrar

Se sabe que el término *homosexual* fue acuñado, hacia 1869, por Karl Maria Kertbeny en el intento de abolir las legislaciones que contemplaban este comportamiento como delito, ya que para el momento se usaban distintos vocablos, para encuadrar a estos individuos, que se relacionaban con perversiones, delitos, pecados y hasta situaciones de locura. No en vano se les nombraba como *sodomitas*, *pederastas*, *perversos*, personas que llevaban en su seno la carga del deseo por el mismo sexo y que por tal estaban destinados a la exclusión, a la marginación e incluso al encierro con el nacimiento de los sitios de internamiento a los que se refiere Foucault. Si bien es cierto que lo que se entiende hoy por *homosexualidad*<sup>87</sup> ha existido siempre, es difícil creer que las realidades no se hayan modificado con el surgimiento de la psiquiatría, de la clínica y de una palabra específica, universal, con pretensiones totalizadoras que intenta abarcar en ella fenómenos, antes diversos, de desviación a la regla de normalización. Como se dijo al inicio de este escrito, aquella sucesión mágica de letras, *homosexual*, perseguía la meta de la normalidad, de la aceptación y, en concreto, intentaba que los delitos relacionados con esa identidad fueran abolidos; se podría decir que buscaba un reconocimiento de las diferencias y su consecuente aquiescencia, sin embargo, la palabra sufrió un tremendo viraje que la convirtió en el rótulo infamante, en la palabra que se pronuncia como injuria. Este cambio se debió al apoderamiento que hizo Krafft-Ebbing de ella en la segunda edición de su libro *Psicopathia Sexualis*, en 1887<sup>88</sup>, y a la incorporación de la misma en las legislaciones que la castigaban y que procuraban así prevenirla. Es posible observar que lo que en un primer momento quiso mostrarse como positivo, normal, incluso natural, puesto que las posturas que han defendido y defienden la *homosexualidad* no han escapado por completo a las visiones esencialistas y biologicistas en su afán de promover la tolerancia; fue moldeado en la creación de un sujeto concreto, de una personalidad patológica y de unas relaciones *contra-natura* por el simple método de apropiarse una palabra y darle contenido o quizá, porque no, vaciarle del mismo y dejar un grado amplio de indeterminación que fomentó los mecanismos de vigilancia e inspección.

No es de extrañar que la caracterización y el alumbramiento de este nuevo individuo *homosexual* se produjera en el ámbito de las disciplinas de control, es decir, en el Derecho, en la Medicina y en la Psiquiatría. Foucault explica que “la sodomía –la de los antiguos

---

<sup>87</sup> Para los efectos de este estudio, se entiende por *homosexualidad*, en el decir de Michel Foucault, “toda relación entre individuos del mismo sexo que entraña un modo de vida en que la conciencia de ser singular entre los demás se halla presente.” (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 442.)

<sup>88</sup> Cfr. Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 399.

derechos civil y canónico- era un tipo de acto prohibido; el autor no era más que un sujeto jurídico. El homosexual del siglo XIX ha llegado a ser un personaje: un pasado, una historia y una infancia, un carácter, una forma de vida; asimismo, una morfología, con una anatomía indiscreta y quizá misteriosa fisiología. Nada de lo que él es 'in toto' escapa a su sexualidad."<sup>89</sup> De esta manera, lo que antes era considerado como actos aislados, quizá, conductas reprochables, se tornó en una personalidad compleja que inundó por completo al individuo y lo catalogó de por sí en sujeto de vejaciones<sup>90</sup>. La Medicina y la Psiquiatría lo lograron por medio de las patologías, de las diferencias, supuestamente nítidas, entre lo sano y aquello que no lo es; por su parte, el Derecho se encauzó en la prescripción de tipos penales y de causales que podían acarrear sinnúmero de consecuencias, desde la pérdida del empleo hasta la suspensión en el ejercicio de la profesiones. En Colombia, el Estatuto Docente contempló la *homosexualidad* como motivo de sanción disciplinaria hasta la expedición del Código Disciplinario Único<sup>91</sup>, no obstante, fue preciso un pronunciamiento de la Corte Constitucional para que la discusión quedara zanjada y se abandonara la causal estatuida en un ordenamiento que iba en contra de la lógica constitucional.<sup>92</sup> Lo mismo sucedió con las faltas disciplinarias de los militares, dado que la *homosexualidad* era considerada una afrenta contra el honor castrense, de modo que la Corte Constitucional se pronunció a través de sentencia de constitucionalidad<sup>93</sup> con respecto a las mencionadas tipificaciones y determinó que la *identidad sexual* no podía tener cabida en ellas, puesto que el artículo 16 de la Carta Magna garantizaba el libre desarrollo de la personalidad, de manera que proceder a sancionar a un militar por su orientación sexual tenía como correlato la estigmatización y la violación de los principios que inspiran al Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Política. Vale la pena aclarar que el Alto Tribunal procuró dejar de presente que no es posible penalizar o instituir como ilegal una forma de vida, puesto que los principios garantistas del Estado se basan en los actos y no en los autores, cuestión que les permitió conservar las sanciones para los actos sexuales en

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 385.

<sup>90</sup> Con esta afirmación no se quiere establecer que, antes de ser acuñada la palabra *homosexualidad*, no existieran ciertas identidades alrededor de las personas que presentaban los mismos comportamientos sexuales como los que ahora corresponden a la identidad *homosexual*, sin embargo, lo que se desea poner de presente es que, aunque la identidad era real con respecto de estos personajes que llevaban a cabo determinadas acciones u omisiones, la fuerza de la palabra *homosexual*, y el discurso que fue estructurado con base en ella, desencadenó la cohesión y el discurso de réplica que incita a la creación de un nuevo individuo. No hay que olvidar que las palabras y los nombres producen y modifican a los sujetos. En esta línea de análisis Foucault apunta que "todavía habrá espíritus amables que piensen que la homosexualidad, en suma, ha existido siempre: lo prueban Cambecérés, el duque Crequi, Miguel Angel o Timarco. A semejantes ingenuos, Dover les da una buena lección de nominalismo histórico. La relación entre dos individuos del mismo sexo es una cosa. Pero amar al mismo sexo de uno, gozar con él, es otra cosa distinta, es toda una experiencia, con sus objetos y sus valores, con la manera de ser del objeto y la conciencia que tiene de sí mismo. Esta experiencia es compleja, es diversa, cambia de formas." (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 441.)

<sup>91</sup> Ley 200 de 1995, hoy derogada por la ley 734 de 2002.

<sup>92</sup> Sentencia C-481 de 1998.

<sup>93</sup> Sentencia C-507 de 1999.

lugares inadecuados, y el acoso, ya sean heterosexuales u *homosexuales*, para alejar el reproche que recaía directamente sobre las formas de vida.

La tendencia del Derecho demuestra que el sinuoso bucle inicia su recorrido hacia atrás como la única vía de escape a la estigmatización total y como la única salida que permite destruir la *patología homosexual*. En efecto, con el nacimiento del sujeto *homosexual*, que Foucault ubicó a la par del nacimiento de la Psiquiatría y del discurso médico de la vigilancia y el control, surgió un nuevo tipo de Derecho, totalizador, que buscaba vigilar de la misma manera y de instruir en concepciones morales a los individuos que producía. No en vano en las primeras décadas del siglo XX los discursos de criminología y los tratados de Derecho Penal experimentaron el esplendor de sus teorías y se dio la vuelta a la naturaleza con las explicaciones biológicas del delito y las conductas sexuales. Estos movimientos, aunados a una estructura psiquiátrica en auge, produjeron lo que se llamó el *derecho penal de autor*, es decir, aquel mecanismo punitivo que juzgaba con base en lo que las personas eran y no con base en lo que las personas hacían. Como consecuencia de esta nueva concepción del derecho penal, los sujetos activos del delito podían ser castigados por la reincidencia, por sus especiales características, por las condiciones que los hacían ellos mismos. En Colombia, esta política criminal tuvo su máxima representación con la vigencia del Código Penal de 1936 que sólo fue derogado hasta 1980 con el fin de acoger el derecho penal de acto. De esto se deriva que, siendo el derecho penal una ramificación del Derecho en general y que por tal, se sustenta en las concepciones que inspiran esa manera de ejercer control, además de ser la manifestación más fuerte del poder de coerción del Estado, no es más que uno de los escenarios que reproducen el drama de la discriminación. Por lo atrás expuesto, se explica el porqué ser *homosexual* afectaba cualquier instancia de la experiencia, desde el espacio profesional hasta el espacio de los delitos y las penas; puesto que era obvio que una concepción del *homosexual* como individuo que no puede desprenderse de su sexualidad y que, por ese motivo, no puede ser juzgado de manera diferente, produjera un discurso psiquiátrico y médico determinado; era indiscutible, pues, que el Derecho, mecanismo de supervisión social por excelencia, absorbiera las tendencias esencialistas y las construcciones culturales edificadas alrededor del *homosexual* y estructurara un discurso coherente a partir de dichas ideas.

## 2.2. La maleabilidad de una palabra

Ser *homosexual* se convirtió en un estilo, en una forma de afrontar la vida, en un lenguaje que unas veces nombraba y otras callaba, pero de estas corrientes de pensamiento, ya fueran las de la injuria o las de la reivindicación, brotó la necesidad de diseñar una identidad y un orgullo que se enfrentara a la normalidad apabullante de la *heterosexualidad hegemónica*, pues es notorio que cada época cuenta con sus *a priori históricos*, es decir, con las condiciones de lo que es posible pensar y decir en un tiempo determinado, detalle por el cual se afirma que el individuo es producido por el poder, dado que el mismo “no es

una realidad autónoma, preexistente, sobre la cual el poder se ejercería por medio de la ‘represión’. (...) El poder no reprime, produce.”<sup>94</sup> Es así como, de lo citado, se desprende que la cuestión de los *homosexuales*, y de las clases discriminadas y marginadas *in extenso*, no se centra en hacer frente a la supuesta fuerza que quiere desaparecerlos, sino en adoptar el lenguaje que les ha legado el poder, el discurso, y transformarlo en una identidad, digámoslo, positiva, que trate de producir otro discurso que confirme la dialéctica con el dominante. Es preciso abandonar las concepciones que conducen a estudiar los dilemas de inclusión y exclusión con las herramientas de la represión, ya que puede que el discurso impuesto produzca de facto cierto estado de marginalidad o de discriminación, sin embargo, los individuos son producidos por ese discurso y lo retroalimentan, por tal, no son ajenos a la producción de lenguaje y de los mecanismos de opresión referidos. Se dice entonces, que uno de los “efectos positivos de las construcciones de la sexología tiene su base en la obra de Michel Foucault. Según Foucault, si bien la sexología facilitó un mayor control social gracias al concepto de perversión que acuñó, también hizo posible la aparición de un ‘discurso inverso’. Según esta interpretación, los objetos de la categorización sexológica podrían esgrimir estas mismas categorías contra las fuerzas del poder.”<sup>95</sup> En pocas palabras, la represión es una línea de análisis de por sí paralizante, que no ofrece alternativas y que está alejada de la realidad, porque no aporta capacidad de transformación o las circunstancias favorables para la conceptualización de una identidad y de unas reivindicaciones.

En consecuencia, a finales del siglo XIX y principios del XX se producen los grandes movimientos *homosexuales* masculinos y los intentos por justificar una práctica sexual que era castigada duramente por los ordenamientos jurídicos europeos. En la Inglaterra victoriana se pronunciaron distintos académicos a favor de lo que ellos insistían en llamar la *pederastia*<sup>96</sup> y muchos literatos, entre ellos Wilde, se propusieron construir una historia por medio de los relatos y de la revaluación de las prácticas griegas. Era evidente que, el movimiento por rescatar un pasado y forjar una identidad *homosexual* se había desencadenado desde el momento mismo en que los discursos dominantes perfeccionaron al *sujeto* de sus injurias e improperios, puesto que los juicios que se comenzaron a presentar, dentro de ellos el más sonado el de Oscar Wilde, y la notoria visibilidad que brindaba el tener un nombre, una patología y un discurso que convertían en sujeto algo que antes se hallaba atomizado, precipitó la escalada de aquellos que deseaban darle respuestas al discurso del poder y proponer una mirada que los contuviera en el plano de lo positivo y no meramente como el reverso de la normalidad.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 408.

<sup>95</sup> Jeffreys, Sheila. *La Herejía Lesbiana. Una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*. Pág. 45.

<sup>96</sup> Se entendía por *pederastia* la relación de un joven con una persona mayor que la iniciaba en la contemplación estética del mundo. Se decía que en ella no podía haber comercio carnal, sin embargo, muchos de sus defensores no fueron coherentes con sus preceptos.

<sup>97</sup> El que la historia de la palabra *homosexual* se narre desde la perspectiva de los hombres homosexuales no es gratuita, ya que ha sido un área más explorada por su visibilidad y por los casos judiciales que fueron tan



Lo anterior no debe concitar a error, dado que sería mejor hablar de *homosexualidades* en el sentido de que los individuos son múltiples. La *heterosexualidad* no ha luchado por su identidad, ya que el discurso dominante se la ha obsequiado por añadidura, *a contrario sensu*, los *homosexuales* como sujetos de una narración dominante deben preguntarse una y otra vez por las estrategias de su reconocimiento e inclusión, por los parámetros de lo que ellos mismos entienden por *homosexual* y por los argumentos que deconstruyen los del discurso dominante. Ante este panorama, lo *homosexual*, después de ser una realidad homogénea, un discurso plano y universal, gracias a la incidencia del discurso de poder que abarca en la categoría todo aquello peligroso y anormal en las prácticas sexuales; deviene en una realidad compleja ante el reconocimiento de individuos que antaño han sido clasificados como *homosexuales* pero que se aprehenden disímiles de los que le han enseñado a señalar con la misma etiqueta. Esta experiencia da paso a las mentadas discusiones entre la *separación* y la *asimilación*, argumentos a favor y en contra que se hacen oír desde principios de siglo XX y que fomentarán las controversias entre lo *homosexual* y lo *queer*.

En el fondo del dilema *separación-asimilación*, subyace el eterno deseo encontrado de las *lesbianas* y los *gays* acerca de ser aceptados como uno más en el concierto de la sexualidad y, al mismo tiempo, de no perder su identidad, sus diferencias. Por este motivo, los grados que se presentan entre estas dos tendencias son numerosos, se podría decir que, son tantos como personas existen, porque los *heterosexuales* también esgrimen sus propias ideas al respecto. En consecuencia se tiene que, por ese motivo, la formación de la identidad *gay* y *lesbiana*, como la *feminista* en el sentir de Joan Scott<sup>98</sup>, es una paradoja insalvable, pero que refuerza, mal que bien, la apropiación de una definición, una aspiración de dar el salto a los conceptos y a los nombres, de un programa y de una historia. Estas dicotomías, antes que dar al traste con el movimiento *gay* y *lesbiano*, aguzaron sus polémicas y cimentaron la identificación y la coalición alrededor de ciertos objetivos que podrían llamarse comunes a ellos. De esta forma, fue posible un cambio en las directrices del Derecho, pues se alcanzó una separación positiva entre la persona misma del *homosexual* y sus actos, de modo que los ordenamientos estuvieron en la posibilidad de castigar conductas sexuales, ya fueran *homosexuales* o *heterosexuales*, sin penalizar o reprochar el hecho mismo de ser lo uno o lo otro. En resumidas cuentas, el sistema jurídico se deshizo, por lo menos en la teoría, de los prejuicios acerca de la identidad sexual. Es significativa, dentro del proceso, la expedición de nuevas constituciones, las sentencias de varias corporaciones jurídicas y el reconocimiento que se les otorgó a sinnúmero de grupos de apoyo, fundaciones y

---

sonados como el de Oscar Wilde; no obstante, muchas mujeres sufrieron procesos parecidos, es el caso de Marguerite Radclyffe Hall por la publicación de su libro *The Well of Loneliness*.

<sup>98</sup> Cfr.: Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 166. "La importancia de controlar dichos significados [ser homosexual] radica en que las jerarquías sexuales podían ser mantenidas o transformadas, en buena medida, a través de las representaciones que sobre la homosexualidad y las personas homosexuales se lograran imponer." (En: Rodríguez Rondón, Manuel Alejandro. *La Lucha por el Control de los Significados de la Nominación Gay*. En: *Seminario Hacia una Agenda Sobre la Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia*. Memorias en CID-Rom, Pág. 197.)

comunidades *homosexuales*. En el caso colombiano, fueron hitos la definición amplia del derecho a la igualdad, la inclusión de conceptos como *libre desarrollo de la personalidad*<sup>99</sup> en artículos claves que definen la familia y los derechos de quienes la conforman. Quizá, uno de los principales retos a los que se enfrenta hoy en día la *cuestión homosexual*, no es en sí el reconocimiento sino la operatividad de las palabras que han conquistado en dominios, antes tan difíciles, como el Derecho, puesto que los órdenes jurídicos se han cuidado de establecer nociones amplias en aras de evitar la marginación y la exclusión, pero a pesar de ello, los mecanismos que podrían garantizar su efectividad, como los trámites de leyes pertinentes ante el Congreso, siguen dominados por grandes resistencias que se inspiran en la viabilidad económica, política, incluso, moral, cuestiones que impiden la realización de políticas públicas efectivas<sup>100</sup>.

Uno de los espacios determinantes obtenidos por los *homosexuales* fue, en efecto, el del derecho penal, dado que desapareció la *homosexualidad* como práctica constitutiva de delito y se dio paso a definiciones amplias de acceso carnal violento, constreñimiento ilegal<sup>101</sup> y otro tipo de conductas que no juzgan la condición del individuo sino la calidad misma de la acción o de la omisión. Es así como al *homosexual* ya no se le considera de por sí inclinado a los delitos sexuales o contra la lealtad, como lo anotaban Garofalo, Ferri y Lombroso, y pasa a ser considerado otro protagonista en potencia, en abstracto; objeto de la *ultima ratio* del Derecho tan sólo en el momento en que es sujeto activo de cualquiera de los tipos penales descritos. Lo mismo sucedió con los códigos disciplinarios, que olvidaron por completo el estilo de vida *homosexual* para dar paso a las personas que son

---

<sup>99</sup> “La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”. Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto.” (C-481 de 1998)

<sup>100</sup> Al referirme a políticas públicas se hace en el sentido en que lo expone Magdalena León en su artículo *El género en la política pública de América latina: neutralidad y distensión*. Revista de Análisis Político, IEPRI No. 20, Bogotá, Septiembre-Diciembre, págs. 34-45. Por lo mismo se considera que el problema de la exclusión, marginación, reconocimiento y diferencia no es una cuestión que deba ser solucionada por la inclusión de nuevos derechos, ya que la Constitución Colombiana es generosa al respecto, sino por medio de políticas públicas, incluidas leyes, coherentes que desarrollen los preceptos contenidos en la Carta Magna.

<sup>101</sup> A pesar de que el Derecho Penal ha sufrido notables avances, los congresistas de Colombia se niegan a darle peso jurídico a la situación de acoso sexual, delito en el cual el sujeto pasivo en su mayoría lo constituye una mujer. El constreñimiento ilegal ha sido la definición más cercana al mismo, sin embargo, es tan amplia (... *el que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa* ...) que la convierte en inoperante por los principios de tipicidad e *in dubio pro reo*.

agentes de conductas repudiadas por el ordenamiento, como en los casos de acoso o de relaciones sexuales en los sitios de trabajo, de estudio o de concentración militar. De esto se colige que el Derecho ha dado una vuelta a la definición de conductas, un viraje a la desposesión de una personalidad típica *homosexual*, para dejar así en la intimidad las relaciones de las cuales mal haría en ocuparse, no sin antes legar en el trayecto un saldo positivo, por cuanto la conducta *homosexual* no es juzgada mientras se someta a ciertas reglas de normalidad que la acercan mucho a la *heterosexualidad*, lo cual no deja de ser una paradoja, ya que los actos que antes eran reprochables, esos actos que se catalogaban como simples perversiones antes del nacimiento del *homosexual*, como lo llama Foucault, han dejado de serlo a través de una asimilación de los mismos al criterio de realidad impuesto por la *heterosexualidad*<sup>102</sup>. No obstante, es esencial tener en cuenta que la consolidación de una *personalidad gay y lesbiana* impulsó la pregunta por la identidad, la pregunta por combatir o no el establecimiento, la pregunta por la afirmación o por la deconstrucción. En fin, movilizaciones, protestas, coloquios y grupos de presión hicieron realidad el sueño de un reconocimiento, de ser sujetos de derechos civiles y políticos, de acciones afirmativas, pero detrás de tanta euforia, los activistas y los disidentes se preguntan: *¿la inseguridad jurídica, las sentencias contradictorias y la dificultad de promover proyectos de ley que nos nombren son causados por una Constitución que nos mantiene ausentes o más bien, la generalidad nos contiene y los operadores no permiten que ello suceda en la práctica cotidiana del Derecho?*

Es capital tener en cuenta que el término Derecho designa no sólo “un conjunto de reglas positivas (derecho objetivo) y de reglas o principios transpositivos (derecho natural o ideal), sino que también denota potestades individuales (derechos subjetivos) y la disciplina que asegura el conocimiento del Derecho en estos diferentes sentidos (ciencia del Derecho)”<sup>103</sup>. Es así como, el Estado Social de Derecho es, hasta ahora, el modelo que mejor se acomoda a las demandas aparentemente contradictorias de libertad y orden, de igualdad y diferencia, sin que ello signifique que éste sea políticamente neutro y que dentro de sus movimientos legislativos no deje traslucir sus intereses, pues es evidente que a pesar de las divisiones de las ramas del poder público, de los organismos de veeduría y control, el Estado está atravesado por las corrientes económicas y políticas que lo circundan en una simbiosis permanente que lo crean en el mismo instante en que él las influye. Adicionalmente, la teoría jurídica se ha debatido entre las tesis de un sistema de derecho incoherente e incompleto o uno completo y coherente que lleva dentro de sí las respuestas

---

<sup>102</sup> Valdría la pena preguntarse, en este orden de ideas, por la palabra *Género*, su génesis y las cuestiones que la neutralizan.

<sup>103</sup> Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 99. Vale la pena referirse a la dificultad que se ha presentado en la teoría jurídica con respecto a la construcción de una definición ajustada y omnicomprendensiva de Derecho; no obstante, la distinción de principio que plantean estos autores, en el sentido que una es la definición de lo que el Derecho *es (ser)* y otra la que hace referencia a lo que el Derecho *ha de ser (deber ser)*, aclara el campo de acción de estos estudios y permite detectar las deficiencias de diferentes intentos realizados.

correctas para cada caso.<sup>104</sup> Bien, en cualquiera de las dos posiciones, ya sea que se vea al juez como creador de derecho o tan solo como una persona que desentraña las respuestas correctas, el ordenamiento jurídico será capaz de dar soluciones, porque en ninguna de las dos hipótesis el juez, ni siquiera el legislador, actúa a su antojo, sino en constante consulta de los derechos y de los principios que inspiran la práctica jurídica<sup>105</sup>, por este motivo, sin importar qué clase de respuesta se desentrañe del estudio de las sentencias hito, se ha de tener en mente que las mismas no nacen gratuitamente de una concepción particular del juez o magistrado, por cuanto éste trabaja en concordancia a los principios constitucionales, los cuales, aunque sean susceptibles de diversas lecturas, no pueden oscilar más allá de las directrices consignadas en el preámbulo constitucional, de las sub-reglas construidas en la misma práctica judicial de la alta corporación y del núcleo esencial que se ha develado de cada derecho en particular a través de los pronunciamientos (*el sentido del juego*); mucho menos, los movimientos legislativos pueden ser acusados de convenientes, por cuanto éstos responden al proceso democrático de los *públicos fuertes*, y la inclusión de temas en su agenda depende de la fortaleza que vayan ganando en ese devenir los *públicos débiles*.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Estas consideraciones hacen relación con el debate entre Hart y Dworkin en lo tocante a la discrecionalidad judicial. En efecto, Hart indicó, en su libro *The Concept of Law*, que siempre existirán casos que no están reglamentados por la ley, motivo por el cual, su decisión a instancias judiciales no está prescrita, favorablemente o no, en el Derecho; de lo cual colige que el sistema jurídico es indeterminado o incompleto. Por su lado, Dworkin considera que tal indeterminación o no-completitud no existe, sino que desde el punto de vista 'interpretativo' por el planteado, el Derecho se encuentra conformado no sólo por lo 'explicito', es decir, lo que se deriva de las fuentes sociales, sino que también posee una arista 'implícita', conformada por principios jurídicos que se presuponen parte del sistema, que se adecuan a él y le justifican. Así, desde esta concepción de 'interpretación', el juez "nunca tiene ocasión de apartarse del Derecho y ejercer la facultad de creación de Derecho para llegar a una decisión." (Hart. H.L.A. *Postscriptum*. En: *La Decisión Judicial*. Pág. 136).

<sup>105</sup> *Ibid*, pág. 84. Al respecto se expresa que "sin embargo, en las últimas versiones del debate (...) muestran una cercanía mayor entre las dos posiciones. En efecto, Hart reitera que el poder discrecional no es arbitrario y Dworkin sostiene que para interpretar las convicciones subyacentes en la práctica jurídica de la comunidad, el juez no puede evitar acudir a sus propias convicciones (aunque no para imponerlas sobre las de la comunidad, sino para llegar a éstas.)" Al respecto, Hart anotó que "But notwithstanding this appearance of an unchanging doctrine, Dworkin's later introduction of interpretive ideas into his legal theory and his claim that all propositions of law are 'interpretive' in the special sense in which he has given to this expression, has (as Raz was the first to make clear) brought the substance of this position very close to my own in recognizing that the courts in fact have and frequently exercise a law-creating discretion." (Hart. H.L.A. *The Concept of Law*. Pág. 306 y 307).

<sup>106</sup> Nancy Fraser establece que existen *públicos débiles*, es decir, aquellos "cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en la formación de opinión y no cubre la toma de decisiones" No obstante, esos *públicos* pueden convertirse en *públicos fuertes* a través de la soberanía parlamentaria, de la inclusión de esa *esfera pública* en las dinámicas del Estado. (Fraser, Nancy. *Pensando de Nuevo la Esfera Pública. Una contribución crítica a las democracias existentes*. Pág. 129) Este tema se tratará a fondo en la última sección de la tesis.

### 2.3. Cruces de Género

Adentrándose en la perspectiva de Género, Michel Foucault en su libro *La Voluntad de Saber* “(...) describe la invención que hace el discurso psiquiátrico, a finales del siglo XIX, del ‘personaje’ del ‘homosexual’. Antes de esa fecha, dice, sólo había ‘actos’ condenables: después, endosaron a quienes los practicaban una ‘psicología’, sentimientos, infancia (...)”<sup>107</sup> Es así como la discriminación a lo que no se adapta al modelo *heterosexual hegemónico*<sup>108</sup>, patrocinado por las construcciones de Género que las feministas pretenden subvertir, condena al total silencio a las huestes homosexuales, es decir, a aquellos sujetos que son producto del orden social y que a la vez los transforma y que viven como exiliados, marginados, al límite de una sociedad de la cual ellos hacen parte indiscutiblemente, pero que sin embargo, les obsequia el lenguaje de las injurias<sup>109</sup> y la dudosa condición de *ciudadanos*. En esta línea de análisis, mediante las estructuras de Género, que dominan el ordenamiento social y sexual, se ha naturalizado lo heterosexual como lo normal, como lo que viene de atrás, lo heredado y correcto, como una regla inmodificable, ya sea dictada por un dios o por la razón, detalle que induce a pensar la homosexualidad por fuera de toda lógica del Género y por fuera de toda lógica fundante de la comunidad. De esto se sigue el *gran silencio*<sup>110</sup>, la ausencia de palabras y de normas que contengan y le den lógica al fenómeno homosexual, como la base que permita la *igualdad compleja* de la que habla Ana Rubio Castro<sup>111</sup>. De esta forma, si se entiende que el Género<sup>112</sup> es una categoría relacional que da cuenta de las relaciones de poder, a través del fenómeno homosexual es posible poner en la palestra los mecanismos de dominación que se mueven en sus entrañas y que descalifican comportamientos, unas veces por el sólo hecho de ser mujer, otras veces por

<sup>107</sup> Citado en Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Editorial Anagrama S.A., Barcelona, 2001, pág. 20.

<sup>108</sup> La *heterosexualidad hegemónica* es aquella identidad sexual que se ve a sí misma como única alternativa sana y viable, y que por tanto, ostenta una clara intención absolutista e intolerante.

<sup>109</sup> La injuria se entiende en el sentido en que la expone Didier Eribon al indicar que la injuria no es solamente una palabra que describe. “(...) El que lanza el ultraje me hace saber que tiene poder sobre mí, que estoy a su merced.” (Eribon, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Pág. 30 a 31.)

<sup>110</sup> “Para lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas la lucha por el nombramiento no es una lucha caprichosa y particularista, es una lucha por la posibilidad de la existencia social. En la medida en que el ‘sujeto’ sea innombrable (nefando) o silente, no existe socialmente, es decir, no es sujeto subjetivo, a lo sumo sujeto sujetado. (...) Mientras no se existe socialmente no se tienen derechos, por eso es que los actos del habla, los actos enunciativos, cobran tanto valor y potencialidad performativa en este caso.” (Esguerra Muelle, Camila. *Decir Nosotras: acto de habla como forma de construcción del sujeto lésbico colectivo y de mujeres LBT [lesbianas, bisexuales y transgeneristas en Colombia]*. En: *Seminario Hacia Una Agenda Sobre la Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia*. Cd-Rom, pág. 137)

<sup>111</sup> La *igualdad compleja* es entendida como aquella “que asume la dimensión de la diferencia, no sólo la cualidad empírica, sino también como posición asimétrica entre los sujetos.” (En: Sánchez Gómez, Olga Amparo. Constitución de 1991 diez años después: No creas tener derechos. Revista Foro, No. 41, 78-86.)

<sup>112</sup> Retomando la conceptualización de Joan Scott citada en Viveros Vigoya, Mara. *Notas en torno a la categoría género*. Publicado en *Ética: masculinidades y feminidades* (2000), Ángela Robledo y Yolanda Puyana, compiladoras, Universidad Nacional de Colombia, Colección CES, pág. 58 y siguientes.

retar los discursos hegemónicos de la heterosexualidad. Por esta razón, el estudiar a fondo, en el caso de Colombia, las motivaciones por las cuales el ordenamiento jurídico presenta grandes fallas en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, se consolida en una oportunidad para revisar las estructuras de Género, deconstruirlas y proponer reformas que propicien una igualdad y equidad entre los sujetos que forman parte del pacto social.

Si según Caroline Moser “las necesidades de género se formulan a partir del análisis de la subordinación de las mujeres con relación a los hombres, de donde se deriva la identificación de los intereses estratégicos de género para lograr una organización más igualitaria y satisfactoria de la realidad”<sup>113</sup>, es perfectamente válido hacer un análisis más amplio de dicho concepto, con miras a lograr su aplicación en campos diversos de marginación y exclusión de las mujeres, por cuanto el Género da cuenta de las relaciones de hombres - mujeres, hombres - hombres, y por supuesto, mujeres - mujeres, correspondencias que no sólo se basan en consideraciones económicas, sino que se fundamentan también en los vínculos de pareja, en las situaciones afectivas y en las respuestas que el establecimiento prodiga a estas circunstancias; de modo que, una necesidad estratégica de Género podría ser formulada en el ámbito de los derechos de los homosexuales, con el objetivo de producir una distensión de Género, en el sentido de Magdalena León<sup>114</sup>; en otras palabras, si se reconoce que las necesidades de las que habla Moser no son unidimensionales, sino que están mediadas por la *interseccionalidad* que, como perspectiva teórica, “representa las dimensiones raciales, étnicas, económicas, sexuales, culturales y de género en términos de formas de discriminación múltiples y compuestas”<sup>115</sup>, se produce una apertura del concepto *necesidad*, incluso, de lo que significa *derechos*, por cuanto los mismos dejan de estar mediados por la tendencia a privilegiar una arista del análisis para abrir paso a una concepción integral de la discriminación homosexual que, si bien se basa en el reconocimiento, pasa, también, por la redistribución de las ganancias y seguridades producidas por una sociedad, no siempre susceptibles de tasación económica, por cuanto su representación puede estar dada por garantías y facultades.<sup>116</sup> Además, si la categoría Género puede ser entendida, en el sentido

---

<sup>113</sup> *La Planificación de Género en el Tercer Mundo: enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género*. En *Una Nueva Lectura: Género en el desarrollo*, Virginia Guzmán, Patricia Portocarrero y Virginia Vargas, compiladoras, pág. 69 y 70.

<sup>114</sup> León, Magdalena. *El género en la política pública de América Latina: neutralidad y distensión*. Revista de Análisis Político, IEPRI No. 20, Bogotá, Septiembre-Diciembre, pág. 34 a 45.

<sup>115</sup> Munévar, Dora Inés. *Interseccionalidad-es*. Universidad Nacional de Colombia. Documento impreso, 15 páginas (sin publicar).

<sup>116</sup> Nancy Fraser indica que existen dos clases de injusticia, una socioeconómica y otra cultural o simbólica. En este orden de ideas, las formas propias de solucionar estas injusticias tienen que ver con la redistribución y el reconocimiento respectivamente, en la medida en que las injusticias económicas se relacionan con salidas del tipo “de reestructuración político-social” que reciben el nombre genérico de *redistribución*; en cambio, para la última de estas injusticias la respuesta estaría dada en “algún tipo de cambio cultural o simbólico”, lo que la autora nombra como *reconocimiento*. A pesar de que la analista utiliza estas dos categorías como unidades claramente diferenciadas, expresa que “la distinción entre la injusticia económica y la cultural es, desde luego, una distinción analítica. En la práctica, las dos se entrecruzan. Incluso las instituciones

de Connell<sup>117</sup>, como la ordenación de una práctica social, el Derecho, en su acepción de disciplina que regula los comportamientos sociales de las personas, no sólo en el área de los contratos y la vida pública, sino en sus relaciones íntimas, crea patrones y actuares que no están desprovistos de una perspectiva de género. Por esto, el derecho puede legitimar o deslegitimar una práctica a través de las leyes o de los fallos judiciales o simplemente, condenar al silencio y al ostracismo. Dadas las consideraciones constitucionales de amplio radio en el caso de la homosexualidad, se podría estar presentando el caso de un manejo jurídico desde la legislación y la jurisprudencia que desconoce el contenido de los derechos fundamentales.

Vale la pena añadir que la perspectiva de Género, sin entrar a estudiar en detalle el Género como categoría analítica, propósito que excede los límites de esta reflexión, identifica con bastante precisión cuáles son los problemas de abordar el conocimiento sin tener en cuenta los sesgos y las inexactitudes a que acarrea un estudio desinteresado en lo particular y con sueños exclusivos de universalidad y neutralidad. El Género pone en evidencia la falacia de la neutralidad del lenguaje, la trampa de la homogeneización y la pervivencia de ciertos mecanismos de poder en la supuesta objetividad de los análisis. Es importante no perder de vista que el Género es una perspectiva más, un punto de observación que intenta participar en la tarea de la construcción del conocimiento y que por tanto, modifica y es modificada por el sujeto en una constante elaboración de la subjetividad, en el sentido en la que entiende Michel Foucault, es decir, como *la cualidad de ser sujeto*, en el sentido de “establecer ciertos tipos de relaciones consigo mismo y consigo misma, relaciones que no son naturales ni individuales, sino basadas en determinados tipos de discursos y ‘tecnologías’ culturales, que circulan en la sociedad y están anclados en la historia.”<sup>118</sup>

Por lo atrás expuesto, la perspectiva de Género es una línea transversal que cruza todos los saberes, todas las ciencias, todas las disciplinas, es una opción más en el desarrollo de los esquemas de conocimiento, una posibilidad que permite salir de la encrucijada de la neutralidad, de la paradoja de la muerte del individuo como requisito *sine qua non* para aprehenderlo. No importa desde que balcón se avizore el saber, éste se constituirá en una paradoja de subjetividad, parodiando a Fox Keller<sup>119</sup>, puesto que el sujeto conocido pretende conocer a través del sujeto que conoce y viceversa, puesto que los procesos de construcción del *self* son procesos de doble vía que transforman al objeto seleccionado con la sola intencionalidad de conocerlo y a la inversa, la experiencia del conocimiento del

---

económicas más materiales tienen una dimensión cultural constitutiva, irreductible; están atravesadas por significaciones y normas.” (Fraser, Nancy. *¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época “postsocialista”*. En: *Iustitia Interrupta*. Pág. 21 y 22)

<sup>117</sup> Connel, R.W. *La organización social de la masculinidad*. pág 35.

<sup>118</sup> Castellanos, Gabriela. *De la concientización al empoderamiento: trayectoria del pensamiento feminista en los estudios de género en Colombia*. En: Leal, Francisco (comp.). *Discurso y Razón. Una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000, pág. 270.

<sup>119</sup> Cfr. Fox Keller, Evelyn. *La Paradoja de la Subjetividad Científica*. En: Fried Schnitman, Dora. *Nuevos Paradigmas de cultura y Subjetividad*. Paidós, Buenos Aires, 2002, Pág. 143 a 173.

objeto no deja incólume al sujeto que conoce. Quizá esto se asemeje a un trabalenguas, pero qué otra cosa es el esfuerzo por conocer, por construir la realidad y por modificarla con el lenguaje y con los refinamientos de la cultura. Disciplinas hace tan poco alejadas de las preguntas planteadas en éste escrito, como el Derecho, se encuentran en medio del dilema de la subjetividad, de la supuesta certeza del sistema jurídico. Valdría la pena plantearse, sobre todo si se es un abogado, qué consecuencias tendría el formular una teoría del derecho con una perspectiva de Género<sup>120</sup>, merecería un esfuerzo el preguntarse por los derechos, por su neutralidad, por si es posible que exista algún sesgo de Género en las constituciones que rigen y las leyes que emanan de las mismas. Los temas jurídicos colombianos se prestan a un análisis detenido en ese aspecto, a un énfasis en las representaciones que se perpetúan o no en las normas jurídicas y al cuestionamiento por la supuesta falta de derechos o por la ineficacia de las políticas públicas<sup>121</sup>.

#### **2.4. Los homosexuales juegan a entrar en el juego: la estrategia de ganar las palabras de las Corte Constitucional**

En atención a la extensión en el control de constitucionalidad que propuso la Constitución Política de 1991, los homosexuales, como grupo discriminado, buscaron el reconocimiento de sus derechos, entre ellos el de afiliación del *compañero/a permanente* a la Seguridad Social en Salud, a través de las acciones de tutela y de constitucionalidad, elección que en ningún momento se puede entender como gratuita o azarosa, dado que las acciones mencionadas habían mostrado un grado alto de efectividad en sede de protección de derechos fundamentales y de sus titulares, en especial cuando estaba de por medio una persona o grupo en desventaja.<sup>122</sup>

Efectivamente, la Corte Constitucional, en su labor de guarda de la integridad de la Constitución Política, estudió en varias oportunidades el tema de la homosexualidad en sus sentencias de revisión de tutelas o en sus fallos de constitucionalidad; tarea que le permitió decantar una línea de decisión al respecto y establecer cuáles eran los puntos esenciales que debía estudiar la Corporación cuando se le planteaban este tipo de dilemas. Dentro de sus múltiples pronunciamientos, se destacarán aquéllos que pueden ser considerados hito o fundamentales en el esbozo de un precedente judicial (*ratio decidendi*)<sup>123</sup> a respetar en los análisis posteriores, tanto por sus magistrados, como por los distintos jueces de menor o igual jerarquía que conforman la rama judicial colombiana.

---

<sup>120</sup> Robin West en su libro *Género y teoría del derecho* pone de presente semejante posibilidad, con alcances insospechados en beneficio de una reformulación del Estado Social de Derecho y problemas tan algidos como el aborto.

<sup>121</sup> En este caso se entiende por políticas públicas cualquier desarrollo, a través de norma inferior, de los derechos que incorpora la Constitución Política.

<sup>122</sup> Cfr. T-373 de 1996, T-590 de 1996, T-681 de 1996, T-012 de 1999, entre otras.

<sup>123</sup> Ver página 13 de este trabajo.



#### **2.4.1. T-539 de 1994, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa**

En esta oportunidad se revisó el fallo de tutela proferido por un juzgado civil del circuito, a través de cual se negó la acción instaurada en contra del Consejo Nacional de Televisión, por cuanto éste se negó a transmitir un comercial de prevención del Sida en el cual dos hombres se besan para después alejarse abrazados por la Plaza de Bolívar. El Consejo basó su negativa en la consideración de que el mensaje no tenía correspondencia con las imágenes, dado que daba a entender que de la relación homosexual inmediatamente se seguía el peligro a ser contagiado de la referida enfermedad. Por su parte, los accionantes consideraron que la decisión de la entidad se basó en una apreciación subjetiva que descalificaba el comercial por el simple hecho de tratarse de homosexuales.

La Corte, luego de resumir la actuación surtida ante el juzgado, de calificar las pruebas y de recoger los argumentos de las partes en conflicto, estableció que en el Estado Social de Derecho la tolerancia es un principio superado por el de la aceptación, postulado que no impone el cambio sino el acogimiento, la no discriminación, y la realización del derecho a la igualdad en la diferencia; además, concluyó que los homosexuales

“no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual.”

En lo atinente al caso concreto, la corporación confirmó el fallo del juzgado, por cuanto las amplias facultades del Consejo Nacional de Televisión incluyen la de negar fundadamente la proyección de un comercial, manifestación de la voluntad de la administración que constituye un acto administrativo que como tal ha de ser discutido en la jurisdicción competente, esto es ante la Contenciosa Administrativa; adicionalmente, dicha decisión no afectó un derecho fundamental, ni causó un perjuicio irremediable que condujera directamente a la utilización de la acción de tutela.

No sobra indicar que los magistrados, en el instante de estudiar los argumentos del demandante, con el ánimo de cubrir todas las posibles aristas del derecho de acción, interpretaron el reclamo de trato diferente de los comerciales heterosexuales con respecto a los de los homosexuales, como algo normal, por cuanto la igualdad se predica entre iguales, de manera tal que no se puede desconocer que el comportamiento homosexual es excepcional; así pues manifiesta que

“(…) la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la equivalencia proporcional entre dos entes diversos. Entonces mal podría el Consejo Nacional de Televisión mostrar como idénticas las conductas sexuales comúnmente reconocidas como naturales a las que son practicadas por un grupo específico de la población y que, de alguna manera, son excepcionales con respecto al comportamiento sexual de la generalidad de las personas. La lógica enseña cómo es un error definir el género por su especie, y más aún cuando se muestra lo excepcional como lo normal. Los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobre todo porque ellos, y la televisión en especial, condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes; de ahí la misión formativa de los medios de comunicación social, que no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, so pretexto de una mal entendida igualdad. Sobre este tema en el expediente obra el dictamen de un psiquiatra forense que merece ser tenido en cuenta.”

No obstante, como este último acápite no hace parte de la verdadera motivación que dio pie a la decisión de la Corte, por cuanto su estudio se hizo en el entendido de despejar algunos interrogantes con respecto a los argumentos de los demandantes, no es posible considerarlos como la *ratio decidendi* de este fallo, sino como parte de los hechos especiales que enmarcaron la tutela, es decir como la *obiter dictum*. La aclaración de voto de la sentencia en cuestión hace hincapié en esta consideración de la homosexualidad, reprochándole a la sala mayoritaria el haber entrado en consideraciones del sujeto homosexual, detalle que implicaría una discriminación *per se*, cuando estaban tan claros los motivos de improcedencia de la tutela.

#### **2.4.2. C-098 de 1996, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz**

En esta ocasión, la acción versó sobre la constitucionalidad parcial de los artículos 1º y 2º de la ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”<sup>124</sup>, por cuanto en estos artículos definen la

---

<sup>124</sup> “Artículo 1.- A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

unión marital de hecho como la unión de hombre y mujer, así como establece que sólo podrán llamarse compañeros permanentes al hombre y a la mujer que conforman esa unión. El demandante consideró que los apartes demandados contrariaban el derecho a la igualdad, por cuanto las parejas homosexuales podían encontrarse en la misma situación de afecto mutuo, comunidad de vida permanente y singular que supuestamente caracterizan a las heterosexuales; además, indicó que se afectaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el individuo podía optar por su identidad sexual, mas se encontraba desprotegido en el momento de establecer una comunidad de vida con su pareja; por último, precisó que este desconocimiento de la ley iba en contravía con el preámbulo de la Constitución que tiene como premisa un Estado pluralista.

Para estudiar el caso, la corporación se detuvo en la génesis y en los objetivos que inspiraron la promulgación de la ley 54 de 1990, para señalar que la mentada norma tenía como norte el dar protección a las uniones por fuera del matrimonio, con el fin de darle protección a la parte débil de la relación, es decir, a la mujer; a los hijos concebidos en la misma; y al patrimonio que con su esfuerzo había ayudado a conformar. De esta forma expresa que la “(...) Ley 54 de 1990 se inscribe en una línea de sucesivas reformas legales que progresivamente han introducido el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Este proceso se inició con la expedición de la Ley 28 de 1932 sobre derechos de la mujer casada, prosiguió con la Ley 75 de 1968 relativa a la paternidad responsable, y continuó con la Ley 29 de 1982 que equiparó los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales.”

En esta línea de análisis, se precisó que los motivos que ampararon la promulgación de esta ley para las parejas heterosexuales se anclan en su particular virtud de constituir familia, y en el cumplimiento del mandato de protección a la mujer del artículo 43; incluso, se hizo énfasis en que el ordenamiento jurídico no impide que los homosexuales formen parejas, se asocien y realicen contratos válidos entre ellos para prevalecerse ante cualquier contingencia, todo ello en consonancia con el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, este último en la medida en que el modelo de pareja avalado por el Estado no puede ser parte de la discusión democrática. De este modo, la conclusión a la que arribó la Corte tiene como idea central que la ley demandada no estatuye privilegios odiosos para un grupo determinado, sino que pretendió acabar con una clase determinada de discriminación que, por tal, no puede ser objeto de interpretación extensiva a las demás

---

Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

“Artículo 2.- Se presumen sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio.”...

minorías o grupos discriminados, sin que esto perjudique, como da a entender, la autonomía del legislador y del proceso democrático que se surte en el Congreso de la República.

Con la idea de establecer que el legislador no incurrió en una omisión, termina, entonces, diciendo que el

“(…) alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. Según la Constitución ‘la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades’ (C.P. art. 43) y las ‘relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja’ (C.P. art. 42). Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42)”

Los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz, aclararon el voto en la medida en que quisieron precisar que encontraban justo que el legislador se ocupara de la creación de un régimen patrimonial para las parejas homosexuales, aunque éstas no sean constitutivas de familia, teniendo en cuenta que la mentada institución, en todo caso, responde a tipologías variables que la hacen un concepto en constante transformación.

El salvamento y la Aclaración de voto de los doctores José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara, respectivamente, se centraron en la imposibilidad de constituir parejas entre homosexuales, y en el supuesto silencio que guardó la Constitución respecto de esta identidad sexual, ya que en la medida en que no estaba protegida ni prohibida, mal podría endilgársele una supuesta omisión al legislador, conducta que ni siquiera ha debido ser discutida en el seno de la Corte.

#### **2.4.3. C-481 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero**

En esta sentencia, la Corte realizó el estudio de constitucionalidad de una de las causales de mala conducta del antiguo estatuto docente, decreto 2277 de 1979, en el cual se establecía que una de éstas estaba relacionada con la homosexualidad; el reproche radicó en la violación al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, desarrollados por el demandante con base en pronunciamientos anteriores de la corporación.

Para comenzar, los magistrados debieron analizar la pertinencia del estudio de la mentada causal, por cuanto el régimen disciplinario de los docentes había sido derogado por disposición de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), norma aplicable a la totalidad de los servidores públicos, excepto a los vinculados a la fuerza pública. Sin embargo, la Corte encontró pertinente el análisis, por las posibles anotaciones que ya obraban en las hojas de vida de ciertos docentes ya juzgados bajo el régimen del Estatuto Docente, cuyas conductas no alcanzaron a estar cobijadas por la derogación de Código Disciplinario Único, y porque los docentes sometidos al régimen privado aún se encontraban bajo el imperio de dicha previsión, en la medida que la derogación sólo fue efectiva para los servidores públicos.

Posteriormente, la Sala hizo un estudio de las teorías contemporáneas de la homosexualidad, desde aquellas que se basan en la genética, hasta las que propenden por un entendimiento netamente cultural de fenómeno, para aclarar que, sin tomar partido por ninguno de estos entendimientos, cuestión que no es necesaria para garantizar los derechos de los homosexuales, esta minoría ha de ser protegida en la medida en que su identidad de entrada no comporta predisposición para los delitos sexuales o para la mala conducta, como lo demuestran sendos estudios citados en la parte motiva; además, añadió que, si la homosexualidad es una cuestión biológica, su derecho a la igualdad estaría respaldado por la prohibición constitucional de establecer diferencias con base en el sexo; y que si, por el contrario, se trataba de una verdadera opción, sus derechos estaban garantizados por el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, trabaja el concepto de *criterios sospechosos* para indicar que estas categorías

“(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.”

Con base en lo anterior, se precisó que el examen de razonabilidad y de proporcionalidad de un trato diferente no puede hacerse de la misma forma cuando se trata de grupos que han sido discriminados y en los cuales confluyen los citados *criterios sospechosos*; de esta forma, la valoración en dicho caso fue rigurosa, en la medida que un trato diferente basado en la categoría *homosexualidad* podía comportar una grave ofensa al derecho a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. Fue así como la corporación declaró inexecutable el aparte demandado, por cuanto la norma no resistió el análisis estricto a la que fue sometida, ya que los criterios sospechosos fueron confirmados de la simple confrontación con los postulados constitucionales, como también la inconveniencia de mantener una previsión en el ordenamiento que de por sí no garantizaba la protección del bien jurídico tutelado, dado que las faltas de mala conducta, en lo referente a lo sexual, referidas al desarrollo de la docencia serían investigadas y castigadas por la vía de otras

faltas disciplinarias, incluso penales, que cobijan también a los heterosexuales como posibles agentes de abusos. En fin, lo que dejó en claro la Sala es que el hecho de ser homosexual no constituye una línea directa para ser sujeto activo de abusos sexuales contra los educandos o, mucho menos, para que estos adopten esa identidad.

Como era de esperarse, las aclaraciones y los salvamentos de voto<sup>125</sup> en tan disputado dilema jurídico no dejaron de manifestarse en contra de las conclusiones de la mayoría de los Magistrados, en el supuesto de que era necesario hacer operante la norma en la medida en que no se sancionara el *ser* homosexual sino el *hacer* homosexual, es decir, la conducta que podía influir en niños y adolescentes, posición que resume en las siguientes palabras: “Si, en ejercicio de su propia libertad, el adulto opta por el homosexualismo, e invoca para ello el derecho que le asiste “al libre desarrollo de su personalidad”, es un asunto suyo, de carácter personal, que, ciertamente, no puede ser objeto de punición por parte del Estado, a menos que so pretexto de la autonomía personal se llegaren a afectar “los derechos de los demás y el orden jurídico”, pues éstos son los límites que la Constitución le establece (artículo 16 C.P.). Pero reconocerlo así no puede implicar que, como lo ha entendido la mayoría, resulte vulnerada esa prerrogativa individual si por norma legal se señalan límites a las demostraciones externas de esa inclinación sexual cuando se ejerce una función tan importante y exigente como la educativa, pues, al contrario, el legislador goza de atribuciones para obrar en tal sentido con miras a la adecuada formación de niños y jóvenes.”

---

<sup>125</sup> Los magistrados que salvaron voto fueron los doctores Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara; la aclaración de voto fue firmada por Vladimiro Naranjo Mesa, quien hizo hincapié en la necesidad de poner límites a la exteriorización de las conductas homosexuales en aras de preservar los derechos de los niños.

### **3. ¿FIN DE LA ESTRATEGIA PARA ENTRAR EN EL JUEGO?**

#### **3.1. Consideraciones preliminares**

De la anterior revisión de la jurisprudencia considerada *hito* en el ámbito de la homosexualidad, se puede colegir, de la *ratio decidendi*, que la condición *homosexual* se convierte en un criterio sospechoso para recortar derechos o establecer diferencias en el interior del ordenamiento jurídico, por esa razón, en principio, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente establecido en la ley debe ser llevado a cabo de forma estricta en aras de garantizar que *criterios sospechosos* no se filtren en las disposiciones y contravengan el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, incluso, el de estar libre de discriminación en atención al sexo. También, es diáfana la precisión en cuanto quiénes están reconocidos como componentes de las uniones maritales de hecho, y quiénes han de ser llamados compañeros permanentes, con base en la regulación de la ley 54 de 1990, con el fin de reglar los efectos patrimoniales y filiales que puedan derivarse de la mencionada situación. Reiterada ha sido la visión de que la familia sólo se constituye por el matrimonio o por la voluntad responsable de un hombre y una mujer, aunque la sentencia C-098 de 1996 le abre la puerta al concepto de pareja como aplicable a las uniones del mismo sexo, no sin dejar expreso en una de las aclaraciones de voto la necesidad de expedir una ley que regule el régimen patrimonial de éstas, así no estructuren lo que la Constitución llama *familia*.

En este contexto, establecidos los lineamientos del precedente jurisprudencial en materia de *homosexualidad*, surge la sentencia de tutela T-618 de 2000, un fallo que, en principio, parece desarticular los ejes de claridad, coherencia y concordancia del pensamiento de la Corte Constitucional, no obstante, un análisis detallado pone en evidencia que las lecturas sesgadas de su motivación proponen un *ratio decidendi* que no existe por medio del expediente de darle peso a lo accidental o auxiliar en el fallo, es decir, a la *obiter dictum*. Por esta razón, lo que parecía un tiquete de entrada al juego, un argumento de peso para leer las palabras del legislador de una manera diversa, culminó con una desesperanza, por parte del grupo discriminado, en la dinámica de los jugadores y de sus reglas, que exige un nuevo planteamiento del problema.

#### **3.2. La jugada equivocada: la sentencia T-618 de 2000**

Antes de entrar a considerar la sentencia de unificación SU-623 de 2001, y de establecer si esta constituye el fin en la carrera de los homosexuales por alcanzar el derecho a la afiliación de su pareja, como una consecuencia inevitable o no del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, es primordial detenerse en la tutela 618 de 2000,

ya que la misma es citada en el salvamento de voto de la primera y, además, se convirtió en uno de los pocos casos en los cuales se tuteló el derecho a la afiliación de la pareja de un homosexual como beneficiario; sin embargo, este fallo se ha citado con el desconocimiento de su situación fáctica, como de sus argumentos, equívoco que, quizá, ayuda a propagar la imagen de inconstancia de la Corporación, afirmación peligrosa e inconsecuente, por lo menos, en lo que atañe a esta materia.

El caso se planteó ante los estrados judiciales, por cuanto una pareja de homosexuales, infectados de SIDA, uno de ellos, pensionado por invalidez, el otro, cotizante hasta que perdió su trabajo, formularon la petición al Instituto de los Seguros Sociales en pro de obtener la afiliación como beneficiario, en su calidad de pareja del pensionado, todo en aras de no perder la cobertura en su tratamiento del virus. En su momento, el I.S.S. aceptó la solicitud; no obstante, pasado un tiempo, cuando fueron a recoger sus carnés renovados, se les entregó una carta de meses atrás, enviada a una dirección incorrecta, en la cual se les informaba que, de acuerdo a un concepto de la oficina jurídica, quedaba anulada la afiliación del beneficiario referido. Ante la urgencia del tratamiento, en el cual estaba involucrado el derecho a la vida, se formuló tutela al juez del circuito, quien tuteló transitoriamente los derechos del beneficiario, y le ordenó al I.S.S. restablecer el tratamiento, sin embargo, no entró en mayores consideraciones, motivo por el cual, el accionante impugnó la decisión para que la protección fuera plena y el juzgador se pronunciara sobre todos los derechos esgrimidos en el libelo que dio inicio a la acción. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo del a-quo, razón por la cual la sentencia llegó a la Sala de Revisión de la Corte Constitucional.

La Alta Corporación abocó el estudio del tema y, tras concretar la situación de hecho que provocó la puesta en peligro del derecho a la vida del beneficiario, se ocupó de establecer que la vulneración no estaba en cancelar una afiliación teniendo como base la condición de homosexual, sino en el irrespeto que tuvo el I.S.S. al debido proceso y al acto propio, al dejar sin efecto un acto de su competencia sin oír a los interesados, a quienes se les había creado una situación jurídica favorable que, para revocarla, necesitaba de su consentimiento o, en caso de no contar con él, de la interposición de la acción de lesividad en contra del propio acto, para que fuera la jurisdicción competente la que decidiera si el acto debía de salir o no del mundo jurídico. Por estas circunstancias, la Sala reitera que su estudio de fondo no puede estar anclado en el concepto de familia inmerso en el Derecho a La Seguridad Social en Salud, tema que será objeto específico de la SU-623 de 2001,<sup>126</sup> aunque deja establecido que varias sentencias han hecho énfasis en la diferencia de sexos

---

<sup>126</sup> La sentencia hace explícita esta posición al decir que el “tema de si el término “compañero permanente”, se predica de personas del mismo sexo, para efectos de que pueda ser beneficiario de la Seguridad Social en salud, tiene un obstáculo procesal en la tutela: el análisis que se haga del artículo 163 de la ley 100 de 1993 y del artículo 40 del decreto 806 de 1998 es un complejo estudio jurídico que corresponde decidirlo a quien llegare a tramitar la acción de lesividad, si es que esta se presentare. Luego, si no va a haber campo a un perjuicio irremediable porque al prosperar la violación al debido proceso se retrotraen las cosas al instante en el cual NN tenía el acceso a la Seguridad Social, entonces el tema escapa al juez de tutela.”



para constituirlo; por último, decide tutelar el derecho a la Seguridad Social del beneficiario expulsado, por encontrarse conexidad con el derecho a la vida en el caso específico, y ordena que el I.S.S. preste el servicio hasta que se decida la pertinente acción de lesividad en la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto, también, hubo una vulneración evidente al debido proceso.

Es posible observar que, de la línea argumentativa de la parte motiva, es impropio considerar que se tuteló el derecho a la afiliación a la pareja homosexual, dado que las consideraciones que rodearon este caso tenían que ver con aristas diversas a la identidad sexual, como el debido proceso y el irrespeto de una entidad estatal de su acto propio, detalles regulados en extenso en el Código Contencioso Administrativo<sup>127</sup>, así como la prevención explícita de la Sala del cariz de su argumentación, en la medida en que se aleja del estudio a fondo de quién constituye *familia* y de los artículos pertinentes de la ley 100, por no ser objeto del presente litigio; los magistrados lo expresan de esta manera:

“Por consiguiente, tanto para AA (a quien se le permitió que NN fuera su beneficiario en los Seguros Sociales), como para NN (a quien se le dio el trato como beneficiario de AA) había una situación jurídica concreta que no podía ser cambiada unilateralmente sin la autorización por escrito y expresa de ellos o sin previa decisión judicial. Y, como efectivamente se expulsó del sistema a NN, tal determinación no solo afectó la buena fe (sustento del respeto al acto propio) sino el debido proceso que previamente debería haberse efectuado mediante la acción de lesividad.

(...)

Nótese que la norma (artículo 163 de la ley 100 de 1993) se relaciona en cierta forma con la familia nuclear (más allá de los padres y los hijos), pero no es el lazo familiar el único factor que motiva la cobertura porque si fuere así los hijos tendrían que ser beneficiarios por toda la vida y los padres del cotizante no quedarían excluidos cuando reciben pensión.”

Por último, la corporación hace hincapié en la conexidad del derecho a la Seguridad Social, al debido proceso y a la vida, pilares que fundamentan su decisión de tutelar el derecho con una condición: el fallo de la acción de lesividad ha de ventilarse en otra jurisdicción. Por lo expuesto, es posible anotar que esta decisión no representa un salto abrupto en las concepciones de la Corte, ni en el precedente construido por ella a través de las distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, puesto que, en esta ocasión, la primera estaría relacionada con casos que atañen, únicamente, con temas que tratan de la violación al debido proceso por irrespeto de los actos propios, y, la segunda, por un caso de parejas homosexuales y derecho a la Seguridad Social que no puede ser considerado en los fallos de constitucionalidad que traten la materia, ni como argumento a esgrimir en una demanda de tutela ante ninguna instancia judicial o administrativa.

---

<sup>127</sup> Cfr. Artículo 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo.

### 3.3. ¿Adiós a la estrategia?

Vale la pena preguntarse por la importancia de la sentencia SU-623 de 2001, por cuanto ésta, finalmente, como lo auguraba la T-618 de 2000, estudio las incidencias del artículo 163 de la ley 100 de 1993, particularmente, con el enfoque de unificación en aras de evitar pronunciamientos contradictorios. Si bien no es un estudio de constitucionalidad del artículo en mención, la jurisprudencia citada establece claramente un precedente en lo atinente a su aplicación para la pareja homosexual, una *ratio decidendi* que afectará fallos idénticos o parecidos en el mediano plazo del ejercicio de la Corte Constitucional, cuestión que se puede evidenciar sin ningún esfuerzo en la sentencia C-814 de 2001, en la cual se trató la posibilidad de adopción por parte de una pareja del mismo sexo.

En esa oportunidad, la corporación entró a revisar el fallo de tutela, adoptado por el Juez Noveno Civil Municipal de Medellín dentro de la acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S., que negó la protección a su derecho de ser afiliado como compañero permanente del señor Jhon Jairo Castaño Suescún aduciendo que las normas ni la jurisprudencia colombiana brindaban protección o reconocimiento a la pareja conformada por homosexuales.

La Corte Constitucional, inició su revisión, precisando las características propias del derecho a la Seguridad Social, aclarando que el Estado es sujeto pasivo de algunas obligaciones con respecto a ese servicio público, en su calidad de regulador y vigilante; algunas de ellas típicas de la prestación de cualquier servicio, es el caso de la ampliación de la cobertura; y, otras, genéricas, aplicables a cualquier actividad del Estado, como la prohibición de llevar a cabo discriminación con ellos o por intermedio de ellos. En este sentido, hizo hincapié en que

“(…) es necesario tener en cuenta que el derecho a la Seguridad Social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población. La necesidad de desarrollo de la regulación constitucional en Seguridad Social ha llevado a la Corte a afirmar que se trata de un sistema normativo integrado, cuya complejidad no puede ser desconocida *prima facie* por el juez constitucional.”

Por su parte, expuso que los criterios de ampliación de la cobertura son disímiles y múltiples, además, de resorte indiscutible del legislador y no de la Rama Judicial o del Ejecutivo, decisión del Congreso que de por sí no comporta de entrada una vulneración al derecho a la igualdad a los grupos discriminados que no entran en sus previsiones, por cuanto

“la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de

marginación. En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio –estar haciendo vida de pareja- resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados –igualdad, Seguridad Social, libre desarrollo de la personalidad, salud-

En esta vía, como los criterios a tener en cuenta por el legislativo, en sede de Seguridad Social, son variados (de orden presupuestal, económico y demográfico), el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la exclusión debe contener un menor rigor, mecanismo que se encuentra en consonancia con el estudio que se hizo de la exequibilidad de los artículos 1º y 2º de la ley 54 de 1990.<sup>128</sup> Es así como la opción tomada por el legislador de proteger, solamente, a las parejas heterosexuales no unidas por el matrimonio, dejando a un lado a las uniones del mismo sexo, no comporta una vulneración al derecho a la igualdad por el carácter mismo del derecho a la Seguridad Social, a lo cual se añade el tipo de cobertura que tiene previsto en la ley 100 de 1993, por cuanto este hace referencia a la familia y a la noción de compañero/a permanente, ya estudiadas en sentencias de constitucionalidad que precisaron su sentido de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Nacional.

“Por ello sería inexacto afirmar que hay discriminación cuando al compañero o compañera de un afiliado o afiliada homosexual se le niega el acceso al régimen contributivo en salud a través de este mecanismo particular de afiliación, que como ya se dijo, conlleva la noción de familia que no puede ser desconocida, dado que evidentemente puede acceder al sistema por otro de los mecanismos regulados en la ley, dentro del régimen contributivo, régimen subsidiado o asistencia pública (como vinculado al sistema de Seguridad Social en salud).

No se trata pues, de una situación discriminatoria sino sencillamente que el criterio normativo que determina el derecho de afiliación mediante el grupo familiar, como afiliado permanente beneficiario de su pareja homosexual cotizante, no es el aplicable para acceder al sistema en este caso, sino, cualquiera de los otros regulados en la Ley que en su conjunto buscan realizar el principio de la universalidad de manera paulatina y gradual en atención a las circunstancias a las que se hizo referencia anteriormente.

La ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la “orientación sexual de una persona” lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - “como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante”, no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad (artículo 13 C.P.).”

En conclusión, la Sala mayoritaria, es decir, cinco magistrados negaron la tutela del derecho de los accionantes, motivo por el cual, los magistrados disidentes, cuatro en

---

<sup>128</sup> Sentencia C-098 de 1996, estudiada en el numeral 3.4.2. de este trabajo.

total<sup>129</sup>, salvaron el voto y publicaron lo que en su opinión ha debido ser la decisión de la Corte Constitucional en el caso concreto. Su argumentación puede sintetizarse así:

- La verdadera justificación de la sentencia radica en que las parejas homosexuales no son familia, cuando la Constitución sólo se refiere a la heterosexualidad en el caso del matrimonio.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Los magistrados que salvaron el voto fueron los doctores Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño y Eduardo Montenegro Lynnet.

<sup>130</sup> Este tema de la familia consagrado por la Constitución de 1991 será de más amplio debate en la sentencia C-814 de 2001, por medio de la cual se discutió la capacidad de los homosexuales de adoptar, partiendo de una lectura amplia del término compañero/a permanente. La mayoría indicó que

“La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión *“por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”* Pero si esta interpretación exegetica no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta. En efecto, el estudio de las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente, conduce a idéntica respuesta (...)”

A *contrario sensu*, los disidentes insistieron en una lectura del artículo 42 que hiciera énfasis en la estructura gramatical del texto, y a la inclusión de la expresión *pareja* sin distinción de sexo, de la siguiente manera:

“Según su estructura gramatical, el texto plantea casos distintos en los que se constituye familia, cada uno de ellos precedido por la preposición “por”. Así pues, de la simple lectura de la norma es claro que en ella se contemplan hipótesis diferentes. Una de ellas, por ejemplo, es la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Otra distinta es: por la voluntad responsable de conformarla. Voluntad que, aunque puede, no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual.

Podría sin embargo preguntarse: ¿a partir del texto, no puede afirmarse que esta última vía para constituir familia presupone también una pareja de un hombre y una mujer? Para quienes salvamos el voto la respuesta es negativa. Desde el texto mismo no es posible afirmar que la restricción que en materia de orientación sexual se fija a la institución matrimonial (ser heterosexual) se extiende a la concepción de familia en general. Todo lo contrario, su estructura gramatical, como se señaló, muestra que efectivamente se trata de hipótesis diversas.

Ahora bien, no deja de ser paradójico que si la Corte optó por una aproximación literal, haya limitado su lectura al primer inciso del artículo 42 de la Carta Política. Esta disposición está compuesta por 13 incisos dedicados a regular constitucionalmente la familia. Precisamente el octavo se ocupa en establecer quién tiene el derecho a decidir cuántos hijos pueden hacer parte de una familia. Dice la norma,

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores e impedidos. (Resaltado fuera del texto)

*¿Cómo pudo omitir la Sala Plena que el inciso en el que se regula precisamente el tema de la decisión de tener hijos, la mención a “la pareja” no tiene acotación de ninguna especie? La norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener.”*

- La argumentación del fallo parte de la premisa que las exclusiones del Sistema de Seguridad Social vienen dadas por factores distintos a la orientación sexual; cuestión que ha debido ser parte del fondo del asunto sujeto a debate judicial.
- El entendimiento del principio de universalidad de la Seguridad Social, como un mandato progresivo, que deja por fuera a algunas personas, no tiene asidero para los magistrados disidentes, quienes tienen por su real entendimiento que todo individuo tiene una cobertura básica que se irá ampliando de acuerdo a la capacidad de sistema.
- El test de razonabilidad, para determinar si se vulneró el derecho a la igualdad, ha debido ser estricto, por cuanto las premisas a ser estudiadas contenían *criterios sospechosos*.
- La cobertura familiar del artículo 163 de la ley 100 de 1993 no hace referencia al sexo; además, las sentencias que estudiaron la exequibilidad de la ley 54 de 1990 sólo pueden ser aplicadas como *ratio decidendi* de casos que tengan que ver con el objeto de estudio (uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales cuando se trata de parejas constituidas por un hombre y una mujer) y no con los casos de Seguridad Social. Adicionalmente, citan los argumentos de la sentencia T-1426 de 2000, en la cual se negó la afiliación a la Seguridad Social en Salud del compañero homosexual, puesto que se consideró que la interpretación correcta del artículo 162 de la ley de Seguridad Social debe hacerse de acuerdo a normas que regulen materias semejantes (en este caso, el Decreto Reglamentario 1889 de 1994, que trata el tema de pensiones y que indica que sólo podrán entenderse como compañeros las parejas heterosexuales) y no acudiendo a las estipulaciones de la ley 54 de 1990, en aras de respetar el principio de la unidad de materia. No sobra anotar, que los magistrados disidentes retomaron esta cuestión, dejando en claro que ni siquiera el decreto de pensiones podía ser aplicado al sector salud.

Después de la larga argumentación por parte de los magistrados disidentes, se tiene la idea de que la toma de la decisión no fue pacífica, sobre todo, si se toma en cuenta que la mayoría de la Sala no fue significativa, por cuanto la ponencia pasó por un solo voto de diferencia. Ahora bien, aunque la jurisprudencia sentada en este caso se refiere a una tutela, no se puede olvidar que la Sala Plena estudió el caso en aras de unificar criterios con respecto a esa situación de hecho, en pro de no producir fallos contradictorios en el futuro, punto que reduce la capacidad de decisión de la Sala Plena o de las salas de revisión en el futuro, cuando los casos planteados sean idénticos o similares, dependiendo de hasta dónde pueda ampliarse la *ratio decidendi* a otros casos específicos, teniendo en cuenta la regulación, la capacidad de remisión y los eventuales vacíos que deban ser llenados por la labor integradora del Derecho llevada a cabo por el juez en la decisión de casos difíciles, al mejor estilo del debate Hart-Dworkin.<sup>131</sup> Es cierto que, aunque aquí no hay pronunciamiento de constitucionalidad acerca del artículo 163 de la ley 100 de 1993,

---

<sup>131</sup> Ver página 37 y 38 de este trabajo.

detalle que no era esencial para determinar el ámbito de aplicación del mismo, sí se establecieron con rigurosidad quiénes conforman ese grupo familiar a ser cubierto en la Seguridad Social en Salud y, además, se expuso meticulosamente qué se entiende por compañero/a permanente a través de una integración de las diversas leyes, de la intención del legislador y el constituyente, así como de diferentes fallos que ya habían tratado la materia desde la perspectiva de la familia.

Podría ser bastante pesimista el concluir que esta sentencia significa el fin de la estrategia para entrar en el juego para los homosexuales que pretendan la protección jurídica por medio del concepto de compañero/a permanente, sin embargo, no es apresurado afirmar que el radio de acción de su actividad en este punto específico, la afiliación de la pareja homosexual a la Seguridad Social en Salud, ya no tiene ni puede tener como escenario principal al juez de tutela, que debe respetar el precedente sentado por la Corte Constitucional, en observancia del principio a la igualdad, ni a las salas de revisión de esta corporación, por cuanto el precedente ya ha sido establecido y la *ratio decidendi* instaurada en esta jurisprudencia tiende a ser acatada, por la necesidad de proteger *el sentido del juego* y la *razonabilidad del sistema jurídico*, por la misma guarda de la igualdad ante la administración de justicia y de la seguridad jurídica<sup>132</sup>, derechos de los cuales son titulares, también, las personas jurídicas, y sólo podrá ser soslayado cuando la evidencia fáctica del caso demuestre que ciertas diferencias en los supuestos de hecho merecen un nuevo estudio y, por tanto, una nueva decisión al respecto. Como se puede colegir de lo anterior, estos cambios no son frecuentes, mucho menos cuando el caso concreto es tan claro y abstracto a la vez, esto último por cuanto la *causa petendi* de la SU-623 de 2001 es bastante amplia en su planteamiento, como para que numerosos casos de homosexuales deseosos de que su pareja pueda ser su beneficiaria encuadren en ella; en otras palabras, el caso, por su amplitud, admite que asuntos similares, con pequeñas variaciones, seas susceptibles de recibir el mismo tratamiento.

---

<sup>132</sup> Cfr. T-057 de 1997, T-321 de 1998 y T-1484 de 2000, entre otras. La Corte Constitucional ha "(...) concedido tutelas por violación del principio a la igualdad dado que los jueces de instancia se han apartado de decisiones obligatorias tomadas previamente por la Corte en casos *análogos*. La violación del precedente, pues, es una causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si, se repite, el juez no 'ofrece justificaciones suficientes y adecuadas' para fundar su fallo contrario." (López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 49.)

## 4. CAMBIO EN EL JUEGO

Una vez se han revisado los fallos *hito* acerca de la cuestión homosexual y su confluencia con el derecho a Seguridad Social en Salud, es indicado recordar cuál es la pregunta que guía este estudio, cuestionamiento que fue formulado en la introducción de la siguiente manera: ¿Qué impide jurídicamente a los homosexuales, a partir de la Constitución Política de 1991, la afiliación a la Seguridad Social en Salud de su compañero/a permanente? En este sentido, se lanzaban hipótesis al respecto; la primera de ellas tenía que ver con una intuición de inseguridad jurídica que se concretaba en algunas sentencias, al parecer contradictorias, de la Corte Constitucional; la segunda, se enfilaba hacia la dificultad de promover proyectos de ley con base en una Carta Política que mantiene a los homosexuales en el silencio; y la tercera hablaba de una abstracción en la formulación del ordenamiento constitucional que parecía brindar derechos a los homosexuales en esta materias, que los operadores del derecho<sup>133</sup> interpretaban de manera restrictiva. Pues bien, teniendo claras las posibles respuestas que se lo podrían dar a esta pregunta, se revisará el porqué se desechan o se acogen de acuerdo a los fundamentos teóricos consignados en el trabajo y se propondrá la nueva estrategia de juego para entrar en el juego.

### 4.1. La aparente contradicción

Cuando los legos se enfrentan a la simple evidencia de los numerosos fallos de la Corte Constitucional, ya sea por los titulares de la prensa, por las rápidas noticias en la televisión o por el estudio de una gaceta de esta corporación, la sensación a la que se ven arrastrados varía desde la confusión hasta el desconsuelo, dado que el inventario de sentencias con sus respectivos temas, sus normas demandadas y sus diversos efectos de cosa juzgada, avasallan a cualquier lector que pretenda hacer una revisión inicial y sistemática de los temas tratados por la Corte, como, también, le será arduo llegar a una conclusión acerca de la interpretación que van forjando los magistrados en torno a los derechos y a la Constitución en general. Sí, la sensación es parecida a la ruedas sueltas, unidades discretas representadas por cada magistrado, y su particular visión del mundo, tanto, que es posible olvidar que las decisiones en esta alta corte son colegiadas y que están sujetas a discusión por parte de sus miembros, quienes tienen en mente el respeto al precedente como recurso para garantizar plenamente una de las aristas del derecho a la igualdad. Por esta razón, tomar los fallos uno a uno revelará muy poco del verdadero trabajo que se realiza con cada

---

<sup>133</sup> En este caso, la palabra *operador* se refiere a todas aquellas personas o instituciones que manipulan y llenan de contenido el derecho por cuenta de su facultad de expedir, aplicar e interpretar normas jurídicas, en su sentido amplio, o jurisprudencia que siente precedente; por lo mismo, hace alusión a las Altas Cortes, en este caso de estudio, a la Corte Constitucional; al Congreso y a la Rama Ejecutiva en su dimensión de entidades que desarrollan la preceptiva constitucional a partir de sus decretos, circulares y resoluciones.

nuevo caso que se decide, con cada nuevo examen de constitucionalidad que se aboca, porque “la incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada, y, a veces, caótica (...)”<sup>134</sup>, generando impotencia y un estado de pánico ante la inseguridad que perfilan fallos que se leen para adaptarlos a circunstancias específicas, sin llevarlos a un campo con referentes concretos que les den su valor y la justa medida de lo que en ello constituye una sub-regla constitucional.<sup>135</sup>

Por lo expuesto, ante un estudio que se base en la jurisprudencia lo razonable no es observar minuciosamente cada fallo y descomponerlo, sino tomar la generalidad de los mismos, decidir cuáles de ellos merecen ser *hito*, dependiendo del derecho que se va a estudiar, teniendo en cuenta su perfil<sup>136</sup>, para, enseguida, relacionar las demás decisiones con esa *ratio decidendi* establecida de acuerdo a la sentencia significativa en la materia.

En el caso objeto de investigación, el Derecho a la Seguridad Social en Salud, el cual no tiene carácter de fundamental, como ya se explicó, se entrecruza con el derecho a la igualdad de un grupo discriminado, con el derecho que tienen todos los colombianos a la salud y con situaciones fácticas concretas que conducen al establecimiento nítido de qué se quiere investigar en esas sentencias: la posibilidad de que la pareja del homosexual sea afiliada a la Seguridad Social en Salud en su carácter de compañero/a permanente.

Para comenzar, el derecho a la Salud y el derecho a la Seguridad Social han tenido múltiples desarrollos en jurisprudencia, todos ellos dependiendo del caso a tratar y del nivel de abstracción posible en el estudio. De esta manera, se tiene que el derecho a la salud<sup>137</sup>, consignado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, hace parte de los derechos-prestación o de desarrollo progresivo, calidad que los aleja de los fundamentales, salvo que exista *conexidad*, fenómeno ya reseñado. Así lo expresó la SU-039 de 1998:

---

<sup>134</sup> Medina López, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 55.

<sup>135</sup> El estado de pánico también puede llevar a situaciones en que caiga como un peso sobre los ciudadanos la sensación de *juridificación de la realidad*, expresión utilizada por Gunther Teubner en el contexto de la legislación prolífica pero que muy bien puede ser aplicado a una jurisprudencia que parece inabarcable. (Teubner, Gunther. *Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno*. En: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, pág. 81 a 152)

<sup>136</sup> “Como queda claro de la lectura de la jurisprudencia de la Corte, hay muchos artículos constitucionales, y sin duda muchos de los llamados *derechos* que es preciso descomponer en varias líneas jurisprudenciales más o menos autónomas, así se rocen a veces con aquellas otras líneas que tengan nacimiento u origen en el mismo artículo constitucional. Estas diferencias entre las líneas (...) nacen de la aglomeración de distintos patrones fácticos, de manera que la definición e interpretación de los *derechos* parece ser sensible a los niveles de generalidad de definición de los patrones fácticos que debe decidir la Corte.” (López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 61)

<sup>137</sup> Para la jurisprudencia el derecho a la salud es entendido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento...” (T-597 de 1993)



“Los derechos a la Seguridad Social y a la salud presentan la característica de ser programáticos y de desarrollo progresivo por parte del legislador; en este orden de ideas, se convierten en programas de acción estatal que comportan prestaciones de orden económico y social, que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles al mismo en cuanto a su calidad de derechos subjetivos, permitiendo reclamar de las autoridades y de los particulares una determinada actividad constitucionalmente señalada y para cuya efectividad precisan *el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice*”.

Como ya se refirió, la protección de los derechos y la amplitud de la capacidad decisiva del juez de tutela depende del grado de desarrollo del tema, como de los supuestos fácticos que rodean el problema jurídico. En este sentido, la Corte falló favorablemente las tutelas que trataban del derecho a la salud y a la Seguridad Social de los compañeros/as permanentes, cuando se trataban de parejas heterosexuales, cuestión que ni siquiera se planteó como un motivo de fondo, por cuanto el dilema homosexual no estaba presente en las mismas, o que se reiteró en la posibilidad de estas personas de ser afiliadas por su compañero/a en la parte motiva de la decisión.

Por esto,

“el esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual.

En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no consagra, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas.”<sup>138</sup>

De acuerdo con esta sentencia hito, T-553 de 1994, el fallo de la T-660 de 1998 reitera, en el caso de la Seguridad Social, que los compañeros/as permanentes, entendidos según la ley 54 de 1990, es decir, como hombre y mujer, gozan de los mismos beneficios en el tema de la Seguridad Social, y en su momento, de acuerdo a las pretensiones de la demanda, de la sustitución pensional.

El tema de los homosexuales también había sido tratado en varias oportunidades, pero de acuerdo con aristas diversas a la escueta afiliación de la pareja al Sistema de Seguridad

---

<sup>138</sup> T-553 de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Social en Salud, por esa razón, la *ratio decidendi* de los fallos se había comportado de manera amplia, de acuerdo al principio garantista de la Constitución acerca del libre desarrollo de la personalidad, de la igualdad y de la negativa a la discriminación en razón del sexo, comportamiento que provocó una notable simpatía de los homosexuales con respecto a la Corporación y que les aconsejó, de cierta forma, el camino de las demandas de constitucionalidad y de tutela para obtener avances en materias ya más específicas como régimen patrimonial, adopción y Seguridad Social. Por supuesto, se presentaron decisiones favorables y desfavorables, mas la impronta de los magistrados, sin dejar de lado a los disidentes, fue la de amparar la libre opción sexual, ya fuera en el ejército, en las aulas, incluso, en el espacio público a través de los desfiles que muchas organizaciones realizan y que algunas autoridades desean frenar<sup>139</sup>; además, estableció la necesidad de llevar a cabo, en esos casos, juicios de razonabilidad o igualdad estrictos, en aras de mantener a raya los *criterios sospechosos*, de tal forma que para que una medida estuviese ajustada a los preceptos constitucionales en lo atinente a los homosexuales debía someterse a los siguientes criterios:

“(i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”<sup>140</sup>

A pesar de lo anterior, las decisiones desfavorables fueron claras en sus motivos para negar la pretendida protección, fallos como la sentencia C-098 de 1996, ponen en la palestra que en esos casos la discrecionalidad del juez está sujeta a la voluntad del legislador, al precepto pristino de la ley y a la imposibilidad de hacer extensivas ciertas regulaciones por el principio de la unidad de materia.<sup>141</sup> Es cierto, entre más se estrechan los linderos de la decisión, es decir, entre más reglada esté la materia por el legislador (paradójicamente, en este grado de regulación también incide la creación de sub-reglas por parte de la Corte Constitucional, de manera que, en este tópico de la Seguridad Social, es posible observar la construcción en diversos fallos de este derecho como de segunda generación), en especial, en los casos de derechos prestacionales, de desarrollo progresivo, las consideraciones factibles para el juzgador se disminuyen al campo que el Congreso, y la misma Corporación, han creado para ese derecho en particular, y le obliga a tener en cuenta criterios diversos a la sola condición de homosexual del sujeto que hace parte de ese caso

---

<sup>139</sup> Cfr. T-569 de 1994, C-481 de 1998, C-507 de 1999 y T-268 de 2000

<sup>140</sup> C-481 de 1998

<sup>141</sup> La unidad de materia ha sido entendida como “(...) la identidad sustancial del tema objeto de legislación y la ya anotada correspondencia entre el articulado y el título de la ley.” (C-434 de 1996)

específico (*el sentido del juego* impone la restricción a la discrecionalidad)<sup>142</sup>, ya sea como demandante o como categoría que desea ser insertada en vocablos jurídicos como el de *compañero.a permanente*. Argumentos parecidos o análogos se encuentran en las sentencias SU-623 y C-814 de 2001, disertaciones e integraciones del ordenamiento jurídico que van más allá del libre desarrollo de la personalidad, de la igualdad en su sentido amplio y de la no discriminación en razón del sexo, por cuanto en ellos se ventilan casos enfrentados a normas específicas en sede de la Seguridad Social en salud y de la adopción, en un intento interpretativo común de qué se entiende por *compañero.a permanente*, en otros términos, de qué dimensión de la *familia* se está protegiendo de acuerdo a los postulados constitucionales, tema abordado en el numeral 1.3., y explicitado en el contexto de las sentencias en los numerales 2.4.2. y 3.<sup>143</sup>

Sin embargo, estos fallos cuentan con unos extensos salvamentos de voto que, a veces, parecen dar la impresión de una equivocación de la sala mayoritaria, o, por lo menos, de una salida en el mediano plazo que anuncia un cambio de línea. En lo que tiene que ver con la pregunta de investigación planteada, los magistrados disidentes en la sentencia de unificación 623 de 2001 basan sus diferencias en lecturas diversas de los mismos textos, desde los que consagran la *familia*, hasta la universalidad como principio del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Pues bien, el artículo 42 ha sido objeto de críticas, repetidas en la C-814 de 2001, por cuanto unos dicen leer en su tenor que la heterosexualidad está restringida para el caso del matrimonio y no para otras clases de unión que tienen la virtualidad de conformar familia, tanto así que citan la expresión *pareja*, sin referencia al sexo de los miembros, que reposa en la parte final de la disposición. Aunque el entendimiento de los magistrados es factible, dado que la estructura gramatical del artículo permite otras interpretaciones, no es de recibo en la línea de decisiones de la Corte Constitucional entender como compañeros permanentes a la pareja conformada por personas del mismo sexo, dado que la *ratio decidendi* de diversos fallos ha estado integrada por la interpretación de esta expresión, punto que le da poco margen de maniobra a los magistrados, ya sean disidentes o no, por cuanto ellos deben respetar el derecho a la igualdad, que en sede de fallos judiciales se manifiesta en el derecho a una decisión igual cuando los supuestos jurídicos son los

---

<sup>142</sup> “El juego, en efecto, es una actividad social en la cual ninguno de sus integrantes puede pretender detentar la exclusividad de la iniciativa o el dominio absoluto del desarrollo de la partida, pues ello invalidaría la idea misma del juego. Ahora bien, en Derecho también hemos visto que sería ilusorio concentrar el dominio del proceso de validación en un actor único, sea el legislador, el juez o el pueblo. (...) Ninguna instancia puede pretender tener la última palabra en este proceso de interacción, aunque, como es lógico, algunos actores detentan, en el marco del juego, posiciones de poder con respecto a otros compañeros más débiles. De modo que volvemos a encontrar esa parte de azar sin la cual no habría ni juego, ni historia, ni derecho.” (Ost, Francois, Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 203).

<sup>143</sup> “Tratándose valores, el orden de los factores sí altera el producto. (...) Por eso, la relación de unos valores con otros no es una cuestión de sumatoria sino de ponderación.” (García Villegas, Mauricio. *La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*. Pág. 24).

mismos; en otros términos, no es de recibo entender como *familia* a la pareja homosexual, ya que diversos pronunciamientos han hecho énfasis en la diferencia de sexos, cuestión que no puede ser rebatida con un simple recurso a la gramática del texto o la intención del constituyente que puede ser citada para apoyar cualquiera de estas dos posturas.<sup>144</sup>

Por otra parte, los magistrados que no adhirieron a la posición de la mayoría dicen que el fallo parte de la premisa de que las exclusiones del Sistema de Seguridad Social vienen

---

<sup>144</sup> En la sentencia SU-623 de 2001, los magistrados que salvan el voto citan apartes de la intervención del delegatario Jaime Benítez en 15 de 1991 en la Comisión Quinta, Asamblea Nacional Constituyente, en la cual se hace explícita la necesidad de regular a las parejas homosexuales, después de analizar las diversas propuestas, entre ellas la de la Iglesia Episcopal (en ésta no se hacía hincapié en la diferencia de sexo, detalle que no incita a pensar en una posición de avanzada por parte de esta institución, sino un simple desconocimiento de la posibilidad de regular otra realidad a la heterosexual), como pruebas de la voluntad del constituyente de incluir a las parejas homosexuales. Luego, en la sentencia C-814 de 2001, la sala mayoritaria cita la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria del artículo sobre la familia, hoy 42, de la Constitución Política, en la cual se lee:

“Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, **o por la voluntad responsable de constituirlos, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos**, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

“Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.

“Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.(Negrillas fuera del original.)”

En esta oportunidad, los magistrados que salvaron el voto censuraron el uso de ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente, expediente que ellos mismos habían utilizado anteriormente, de la siguiente manera:

“(…) debe decirse que la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución. Las normas que la componen fueron las proposiciones que se sometieron a votación y fueron aprobadas por los delegatarios. Ello no quiere decir que no sea legítimo esclarecer el sentido de un texto a partir de los debates que dieron lugar a ella, pero sí fija ciertos límites. No es admisible, por ejemplo, que a partir de la opinión de quien rindió ponencia a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la norma en cuestión, se pretenda entenderla con un significado tal que contravenga abiertamente el sentido gramatical de la misma. No es admisible que se acepte que lo dicho por un constituyente representa la voluntad de los 72 delegatarios.

En segundo lugar, debe anotarse que reconstruir la génesis de una norma, cuando ello constituye el argumento central y definitivo para fijar su sentido, supone reconstruir el proceso deliberativo que dio lugar a ella.”

dadas por factores diferentes a la orientación sexual, cuestión que ni está clara y que, por tanto, ha debido ser objeto de debate judicial. En este caso, la sala mayoritaria tiene a su favor la supuesta claridad otorgado al artículo 163 de la ley 100 de 1993, precepto que no puede ser interpretado por fuera del contexto que la ley y la Corte le han dado al concepto *compañero a permanente*, puesto que esto conduciría al absurdo de un decreto<sup>145</sup> acerca de pensiones que no considera a la pareja homosexual, y una sentencia de unificación que impone una interpretación benéfica para esta pareja en el ámbito de la Seguridad Social en Salud, desvertebrando así la coherencia del Sistema de Seguridad Social en Salud; además, con una concepción de familia claramente definida en la jurisprudencia, sería difícil darle un nuevo punto de partida a la definición de este concepto en atención a la condición homosexual del accionante. Ahora, sería imposible desconocer que, a pesar de que la ley 54 de 1990 tiene una unidad de materia que le impide aplicarla a los homosexuales para mal o para bien, la existencia de un decreto como el 1889 de 1994 que regula una materia afín o análoga y que, en consecuencia, puede ser objeto de analogía<sup>146</sup> al caso en comento, ya que las interpretaciones de las normas no se hacen en abstracto cuando existe un cuerpo legislativo y jurisprudencial que da las pautas para llegar a un entendimiento que consulte la integridad del ordenamiento.

En lo referente a la interpretación del principio de universalidad del sistema, es importante anotar que en ningún momento se le está negando la entrada a ciertas personas al sistema por su condición de homosexuales, sino por una previsión específica que toca con el concepto de *familia* y de *compañero a permanente*; de este modo, los homosexuales tienen garantizado su derecho a la salud, sólo que a través de nociones distintas a las de *familia* y *cobertura familiar* diseñadas en el artículo 163 de la ley 100, por ejemplo, como hijos, como trabajadores independientes, entre otros, de lo que se concluye que es acertado afirmar que el sistema no discrimina al homosexual, más bien, defiende, en consonancia con las interpretaciones del articulado constitucional, un entendimiento de *familia*. De esta forma, el principio de universalidad no se está vulnerando, pues de la misma manera que para reconocer a los compañeros permanentes hay que acreditar ciertos años de convivencia, en el caso de los homosexuales su entrada al sistema se producirá de diversas formas a la estipulada por la ley de Seguridad Social; en últimas, no cualquier pareja es reconocida, no cualquier convivencia tiene valor para el sistema.

---

<sup>145</sup> Decreto Reglamentario 1889 de 1994.

<sup>146</sup> En este caso no se podría hablar de una *analogía in malam partem* porque la previsión del artículo décimo del Decreto 1889 de 1994 no establece una sanción, ni una excepción, de modo que la analogía en este caso está permitida (artículo 8° de la Ley 153 de 1887); incluso, se podría argumentar que los derechos y prerrogativas no pueden ser deducidas por analogía. Isabel Cristina Jaramillo, al comentar el pensamiento de Wesley Hohfeld, indica que “la exigencia de Hohfeld de proveer argumentos de justicia y de políticas públicas cuando se pretende crear un derecho, es relevante (...) obliga a mostrar que el derecho que se reclama ha sido reconocido explícitamente y que no puede ser deducido lógicamente de fórmulas abstractas o por mera analogía, pues tales deducciones no son lógicas en absoluto.” (Jaramillo, Isabel Cristina. *Instrucciones para salir del discurso de los derechos*. En: *La crítica de los derechos*. Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores; Bogotá, 2003, Pág 30 a 31.)

Para terminar, está el problema del test de razonabilidad, en la medida en que los magistrados disidentes consideraron que éste ha debido ser estricto porque tenía como una de sus premisas un grupo históricamente discriminado; no obstante, esto tiene su lógica cuanto se trata de derechos fundamentales o de derechos-prestación en conexión con derechos fundamentales, de ahí que el test sea estricto en casos como el de los homosexuales en las fuerzas militares, o en el estatuto docente, o en la conveniencia de llevar a cabo desfiles públicos, casos en los que se entrecruzan derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, el de estar libre de toda discriminación, el de trato igual, en fin, pero nunca derechos que son de segunda generación en los cuales el legislador tiene un amplio espectro de manipulación por el mismo mandato de la Carta Constitucional.<sup>147</sup> Es así como en los casos en que están derechos sociales, económicos o culturales de por medio, el test no puede atender solamente al *criterio sospechoso* sino tener en mente la clase de derechos que están bajo estudio y las decisiones financieras<sup>148</sup> de las que depende la estabilidad de todo el sistema.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> “La Corte no desconoce que el control constitucional de los desarrollos legales de los derechos prestacionales es muy complejo, por cuanto esos derechos son de amplia configuración legal e implican difíciles decisiones financieras. Además, la base normativa que brindan la Carta y los tratados de derechos humanos para estudiar la legitimidad de los desarrollos legislativos en esta materia es en ocasiones exigua. Así, la Constitución no dice cuáles son los servicios de salud que el Estado debe prestar, ni señala en cuanto tiempo debe la Seguridad Social alcanzar la plena universalidad, ni indica con precisión el alcance de los principios que rigen la salud y la Seguridad Social, como la solidaridad o la eficiencia, que son entonces conceptos jurídicos indeterminados. Gran parte de esas definiciones están deferidas a la ley. Por todo ello, es claro que para la realización de los derechos sociales, la opción democrática, materializada en la ley, juega un papel decisivo, tal y como esta Corte lo ha resaltado en múltiples oportunidades, pues al Congreso, como representante del principio democrático, corresponde primariamente delimitar el alcance histórico de esos derechos y arbitrar los recursos y señalar los diseños institucionales para su realización. Estos derechos prestacionales abstractos se concretan entonces, gracias a normas legales y reglamentarias, ‘con reglas y con procedimientos prácticos que lo toman efectivo’. Por ello, esta Corte había precisado que no se ve cómo pueda dejar de acudir a la ley para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente.” (C-1489 de 2000)

<sup>148</sup> “Los críticos aciertan entonces en señalar que el juez constitucional no puede ignorar las consecuencias financieras e institucionales de sus decisiones de amparar el derecho a la salud de una persona específica, y extender el plan obligatorio de salud más allá de los dispuesto por las autoridades políticas, por la sencilla razón de que esa sentencia supone un uso de recursos no proyectado, que se traducirá en una limitación del derecho a la salud de otra persona. (...) Pero la Corte no se ha preguntado si esa prestación médica es o no universalizable, o si puede o no ser concedida a todas las personas que se encuentren en condiciones semejantes. Al no hacerse esa pregunta, la jurisprudencia de la Corte corre el riesgo de establecer una doctrina que, en nombre de la igualdad y de la realización de los derechos sociales, puede provocar profundas desigualdades (...)” (Uprimny Yepes, Rodrigo. *El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana*. Pág. 334 a 335)

<sup>149</sup> Cfr. SU- 819 de 1999.

Lo anterior lleva a establecer que utilizar el término *compañero/a permanente* para las parejas homosexuales es un yerro jurídico, un concepto que está, por el momento, reservado a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, uniones que se encuentran protegidas en el mundo del Derecho por leyes específicas que las contienen y los nombran, normas que, en cualquier caso, sirven de criterio de interpretación de las disposiciones que utilizan el término sin hacer referencia al sexo pero que, no por ello, desconocen la génesis de esas palabras y la trayectoria que han tenido en la jurisprudencia. Todo esto no quiere significar un aval al desconocimiento de las parejas homosexuales como merecedoras de derechos, de la misma manera en que fueron reconocidas las heterosexuales no formalizadas por el matrimonio; más bien, quiere poner en evidencia que en una materia excesivamente reglada como la Seguridad Social en Salud, en la que no se están discutiendo derechos fundamentales, por lo general, y que depende de decisiones delegadas expresamente al legislador, el magistrado de la Corte Constitucional tiene un umbral muy reducido de decisión en pro de la observancia de sus competencias y las de las demás ramas del poder público (de respeto al *sentido del juego*), quienes, en este caso el Congreso, no pueden ser acusadas de omisión legislativa, en la medida en que estos derechos son progresivos y están sujetos al debate democrático que toma lugar en su recinto sin que exista un mandato taxativo que le obligue reconocer grupos específicos mientras el acceso de toda la ciudadanía, en abstracto, esté garantizado, hasta tanto no existan cortapisas específicas para que personas determinadas por su opción sexual o por su sexo hagan parte del Sistema.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Acerca de la omisión legislativa, el pronunciamiento más claro tuvo lugar cuando se estudió la constitucionalidad parcial del artículo 1º y 2º de la ley 54 de 1990: "Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. **El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual.**

El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional. Son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990." (C-098 de 1996)

No sobra anotar que la maniobra judicial siempre es posible, mas un cambio sorpresivo en una decisión individual no garantiza el cambio de línea y si pone de presente una vulneración al derecho a la igualdad de

## 4.2. El cambio en la estrategia

La tradición jurídica colombiana, herencia de la concepción continental desarrollada, principalmente, a través del Código Napoleónico, se ancla con fuerza en lo escrito, en el poder de las letras, en la necesidad de una fuente documental, sobre todo, compilada, puesto que la facilidad de contar con libros que exhiben nombres generales que agrupan materias, supuestamente completas, brinda un dejo de estabilidad en el sistema de normas en aras de lecturas más o menos acertadas de problemas que se plantean en el ámbito de lo jurídico. Por esta razón, la cuestión homosexual aquí presentada, debe entenderse planteada desde la vigencia de la Constitución de 1991, ya que antes de la misma no existían mecanismos claros, ni derechos específicos que propendieran por el libre desarrollo de la personalidad o por el derecho a la igualdad. Es cierto, el dilema homosexual se observaba desde otra perspectiva en medio del reinado de la Constitución de 1886, por cuanto lo escrito era de un tenor distinto a lo consignado en la nueva Carta<sup>151</sup>, en este sentido, la aparición de la tutela y la consignación explícita de los derechos fundamentales correlativos a ésta, junto con la creación de la jurisdicción especializada constitucional, sentaron las bases para un nuevo debate sobre un tema que parecía enmarcado en un silencio que sólo se rompía para establecer prohibiciones.<sup>152</sup>

Esto conduce a la pregunta sobre la virtud de las palabras en Derecho, en la medida que la tradición jurídica colombiana, herencia de la etapa republicana, la institución que impone el dictado de las palabras por ley, está en proceso de reevaluación como consecuencia de las disímiles voces que dicen el Derecho, voces que están en las Altas Cortes, en el Congreso y en la doctrina que se cita una y otra vez en las sentencias. Es cierto que existe una necesidad de la palabra en el campo jurídico, porque el silencio también puede considerarse

---

aquéllos que ya vieron fallados sus casos desfavorablemente y de las entidades estatales afectadas con los mismos.

<sup>151</sup> Esto se entiende porque “el gesto de escribir es ya acción del leer. (...) En última instancia, todo texto es un corte en el que permanece algo decidido que, en cualquier caso, reclama nuevas decisiones. (...) Recuerda que la constitución de sí y de sentido se procuran, a la vez, en él. Entonces, leer al pie de la letra no será puro deletreo o imitación, sino recreación de sí.” (Gabilondo, Ángel. *Trazos del Eros. Del leer, hablar y escribir*. Pág. 15 y 18.)

<sup>152</sup> Un ejemplo de una de las prohibiciones más tajantes la tiene el Código Penal de 1936 que aún consideraba la homosexualidad como delito. El caso del Estatuto Docente, ya estudiado en el acápite de las sentencias *hito* de la Corte Constitucional, puede ser tomado como otro paradigma de este asunto. Quizá sea posible decir que el lenguaje cotidiano de lo jurídico logra imponer categorías para ejercer la dominación simbólica. Bourdieu anota que “(...) los dominados aplican categorías construidas desde el punto de vista de los dominantes a las relaciones de dominación, y así las hacen parecer naturales.” (Bourdieu, Pierre. *La Dominación Masculina*. Pág. 40.)



como una injuria<sup>153</sup>, pero merece la pena preguntarse por la palabra de quién se aboga, por las frases de quién se apuesta al cambio. El Derecho actual está enfrentado a la existencia de varios diálogos, y hasta de varios monólogos, de distintos actores que buscan el control de las fuentes en lo de su competencia, tanto así que jueces municipales, como nunca antes, interpretan inciso por inciso la Constitución para proteger su autonomía. Entonces, ¿la palabra de quién será la indicada para solventar la cuestión de la pareja homosexual frente a la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud? Los grupos discriminados, gracias al desarrollo de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, esbozado aquí someramente, le han apostado sin miramientos a las palabras del juez constitucional, del cual obtuvieron algunos fallos favorables, en sede de tutela, que los alentaron a seguir esa vía; no obstante, esa fuente de protección no es inagotable y, como ya se bosquejó, depende de varios factores que imponen una lectura de los derechos de acuerdo a ciertos desarrollos legislativos y jurisprudenciales que no se pueden desconocer.

Se podría decir que en una sociedad democrática todos escriben, que todos saben y escriben el Derecho, sin embargo, esta es una de las falacias de la democracia liberal y así lo expresa Anne Phillips al señalar que ésta “hace claras equivalencia entre democracia y representación, democracia y sufragio universal, pero nos pide que consideremos irrelevante la composición de nuestra asambleas electas. El modelo resultante tiene un firme sesgo a favor de hombres blancos de clase media (...)”<sup>154</sup> Descripción a la cual se le podría agregar la idea de la heterosexualidad como un modelo de relaciones hegemónico que pone el acento en el modelo tradicional de familia conformada entre un hombre y una mujer. Pues bien, la falacia de la democracia liberal es crear la ilusión de que todos tienen la palabra, mas existen palabras de palabras y, por ese motivo, discursos de discursos, párrafos carentes de poder o sílabas capaces de transformar el estado de las cosas dependiendo de quién las pronuncie o de quién las escriba.

Para aclarar la distinción que se introdujo en el apartado anterior, es pertinente contar con el trabajo de Nancy Fraser acerca de la esfera pública<sup>155</sup>, dado que la revisión de los conceptos de Habermas, y la pertinencia de ciertas categorías, ayudarán a desentrañar quién escribe y para qué escribe.

En un principio Fraser ofrece una crítica acertada de la concepción de *esfera pública* en el pensamiento de Habermas, unas anotaciones que incluyen un juicioso desglose del porqué

---

<sup>153</sup> De ahí la famosa frase de Gilles Deleuze: “Siempre se escribe para dar vida, para liberarla cuando está prisionera, para trazar líneas de huida.” En: Eribon, Didier. *Reflexiones Sobre la Cuestión Gay*. Pág. 327.

<sup>154</sup> Phillips, Anne. *Género y Teoría Democrática*. Pág. 67 y 68.

<sup>155</sup> Fraser, Nancy. *Pensando de Nuevo la Esfera Pública. Una contribución crítica a las democracias existentes*. Pág. 95 a 133. Este artículo recuerda los planteamientos de Hannah Arendt, cuando expresa: “citizens are held together not by a common will but by a common world, by sharing a set of worldly institutions.” (Canovan. *Hannah Arendt*. Pág. 226. Citado en: Bohman, James. *The Moral Cost of Political Pluralism: the dilemmas of difference and equality in Arendt's 'Reflections on Little Rock'*. Publicado en: May, Larry y Kohn, Jerome. *Hannah Arendt. Twenty Years Later*. Pág. 60.)

el concepto histórico del filósofo no puede ser aplicado a la era postsocialista sin ciertos correctivos que lo puedan hacer útil para la formación de una *opinión pública* que no perpetúe las fronteras de subordinación-dominación. Sus observaciones se plantean en cuatro puntos que pueden resumirse así: la inconveniencia de seguir sosteniendo que los interlocutores en la *esfera pública* pueden poner en suspenso sus diferencias en un amago de igualdad que en realidad no las elimina; la inaceptable afirmación de que varios públicos enfrentados no constituyen un avance en la democratización; la prohibición tajante de que los intereses privados no pueden ser materia de deliberación en la *esfera pública* y; la falacia de que la sociedad civil ha de estar separada del Estado.

De las críticas anteriores son pertinentes las dos últimas, es decir, las que tienen que ver específicamente con los intereses *privados* y *públicos*, y con la separación radical entre la sociedad civil y el Estado. Para abordarlos, es esencial recordar que por *esfera pública* se entiende “un cuerpo de personas privadas reunidas para discutir asuntos de interés público o común (...), el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre problemas comunes, por lo tanto, un espacio institucionalizado de interacción discursiva.”<sup>156</sup> De esta manera, partiendo de una aceptación de *públicos* que se enfrentan, ya sean subordinados o no, se establece que existen *públicos débiles*, en otras palabras, aquellos “(...) cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en la formación de opinión y no cubre la toma de decisiones.”<sup>157</sup> A pesar de ello, estos *públicos* tienen la capacidad de convertirse en *públicos fuertes* por medio de la soberanía parlamentaria, de la inclusión de esa *esfera pública* en las dinámicas del Estado. Por otro lado se expresa que como el *bien común* no es un fenómeno que esté dado *a priori*, la discusión acerca del mismo no puede dejar de lado los intereses que en cierto momento se pueden considerar *privados*, por cuanto, lo que constituye el motivo de lo *público* es una construcción social que ha ido abriéndose o cerrándose dependiendo del momento histórico y de las condiciones más o menos restringidas en que se instala la discusión sobre el mismo. En conclusión, para que la *esfera pública* pueda considerarse, en algún sentido, pluralista, es necesario que sus miembros tengan la capacidad de averiguar y concertar qué es el *bien común* sin descalificar temas o intereses con la etiqueta de lo que constituye lo *privado*. En fin, la dinámica de escritura involucra conceptos neurálgicos que están directamente relacionados con lo que se considera *público* y *privado*, con la movilidad propia de lo que es tema de debate en las esferas públicas y de lo que se ha de dejar de lado por considerarse una cuestión de la intimidad.<sup>158</sup> Además, la crítica de Fraser pone al descubierto que sí es posible que todos

---

<sup>156</sup> *Ibidem*. Pág. 97 a 99.

<sup>157</sup> *Ibidem*. Pág. 129

<sup>158</sup> Esta necesidad de que todos puedan hacerse oír, en aras de discutir lo que es bien común, concuerda con los planteamientos de Hannah Arendt cuando expresa que, si bien, en aras de mantener el pluralismo, la discriminación no se puede exterminar, lo que sí se puede eliminar es la segregación, es decir, la discriminación sancionada por la ley, en el sentido amplio, cuestión que ha de ser garantizada con el “right to have rights”, en otras palabras, con la garantía de un punto de partida igual en materia de derechos que avale que la voz de cada cual sea escuchada en la esfera pública y no silenciada por la indiferencia de los poderosos o, mejor, de los que tienen más derecho a hacerse oír. (Arendt, Hannah. *Reflections on Little Rock*. En: Bachr,

escriban, mas algunos lo harán con el poder de lo que perdura, mientras otros, con la volatilidad de las palabras que se dicen sin que realicen efectos inmediatos o reales en el mundo de lo jurídico; entonces, de aquí salen los conceptos de *públicos fuertes* y *públicos débiles*, los cuales cuentan con un criterio de distinción que a primera vista convierte la diferencia en algo inofensivo, pero en la medida en que se adentra en las dinámicas de quién dice el Derecho, es posible determinar quiénes cuentan con el poder y quiénes tienen por delante un trecho más largo en la travesía de convertir esa voz en documentos que tengan el peso y la virtualidad de afectarlo, de provocar cambios.

En el mundo del Derecho, los *públicos fuertes* son quienes dicen lo jurídico, regulan los derechos, los extienden o los restringen, otorgan la ciudadanía o cubren de silencio. El Congreso, *fuerte* por excelencia, hasta hace muy poco tenía la completa soberanía en este espacio, sin embargo, su protagonismo se ha visto mellado por la aparición de la Corte Constitucional y por el mecanismo de la tutela, acción innovadora, ya que ha logrado que ciudadanos individuales, sin la necesidad de constituir siquiera *públicos débiles*, hagan hablar y escribir al Estado de acuerdo a sus intereses y sin tener que recurrir a la compleja batalla de abrirse campo en el *público fuerte* del Parlamento. Gracias a esto, las antiguas formas de hacer política y Derecho, de crear opinión pública y de alentar el juego democrático, se han visto modificadas, puesto que estos individuos que, con la tutela, han llegado a instancias de la Corte Constitucional han logrado nombrar como *público* materias que antes se dejaban en casa o en la intimidad como baluarte inalcanzable por parte del Estado.<sup>159</sup>

No es atrevido decir que las decisiones ya no se están tomando de manera exclusiva en el Congreso, o en diversos espacios de *públicos débiles* que aspiran una entrada en los debates de las legislaturas, pues también existe un escenario diverso e importante en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, por ello, no en vano, la cuestión homosexual tuvo su entrada y sus primeros avances vía sentencias de revisión de tutela y, algunas, de estudio de constitucionalidad, pero esta creencia inagotable en las bondades de estos mecanismos no puede verse afectada por la miopía propia de quien cree que los Magistrados están por encima del Congreso, o que las dos instituciones trabajan en estancos separados que no les permite el diálogo ni el respeto a las palabras que emiten.

---

Peter. *The portable Hannah Arendt*. Pág. 231 a 246. Bohman, James. *The Moral Cost of Political Pluralism: the dilemmas of difference and equality in Arendt's 'Reflections on Little Rock.'* Publicado en: May, Larry y Kohn, Jerome. *Hannah Arendt. Twenty Years Later*. Pág. 63.)

<sup>159</sup> Esto trae a la mente que los derechos fundamentales no son más que “(...) una decisión política y moral que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una prestación así se caiga el mundo (...)” de manera tal que hay “(...) que ser capaces de definir con toda responsabilidad, pero también con toda valentía, el conjunto de atribuciones, libertades, servicios y prerrogativas que, como sociedad, estamos dispuestos a tolerar y a financiar a toda costa.” (López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Pág. 6 y 7)

Hart decía que decía que la precisión del lenguaje humano es limitada, cuestión que se evidencia con contundencia en el campo de lo jurídico.<sup>160</sup> Estas insuficiencias de las palabras jurídicas se deben, en primer lugar, a que están dirigidas no a individuos sino a clases de personas o cosas (conductores, bienes inmuebles) y, en segunda instancia, porque las palabras del Derecho tienen vocación de permanencia, detalle que las va despojando de su inicial contenido en aras de que puedan ser aplicables a situaciones no previstas en el momento de su promulgación. Esta textura abierta, en palabras de Hart, del lenguaje jurídico, le da un espacio preponderante a la actividad judicial en la interpretación de casos difíciles, pero en Colombia, le concedió por mucho tiempo al Congreso el papel de trabajador extremo que promulgaba leyes para corregir los yerros o insuficiencias del *corpus* legal, fenómenos que aún se siguen presentando, pero que la función de la Corte Constitucional, junto con su facultad integradora del ordenamiento, ha logrado contrarrestar con una visión menos anclada en la actividad del legislador y más jurisprudencial de la ciencia jurídica.

Partiendo de lo anterior, se puede decir que los jueces escriben para solucionar conflictos, para salvar las insuficiencias de la ley; sin embargo, la labor del legislador es más delicada, dado que éste decide qué entra en el mundo de lo jurídico y qué no, qué es una cuestión privada, qué no merece el pronunciamiento de una ley, y qué tiene el suficiente peso para ganarse las palabras del legislador y/o del juez. Obviamente, el Congreso no actúa sin controles y sin la dirección que le marca el acto constituyente encarnado en la Constitución (un manual de reglas lo suficientemente amplio como para prestar únicamente *sentido* al juego), sin embargo, nadie, en términos jurídicos, lo puede obligar a legislar sobre determinadas materias, nadie, salvo sus propios miembros.<sup>161</sup> En esta línea, ni siquiera la Corte con sus pronunciamientos pueden afectar la autonomía del Parlamento<sup>162</sup>, mucho menos, arrogarse su papel de legisladores que llenan los vacíos de una actividad que le corresponde en exclusiva a los congresistas y a los debates que se presentan entre ellos; de esta forma, las apuestas que se han llevado a la Corte Constitucional, en especial, las que tienen que ver con la Seguridad Social en Salud, no se han perdido por un capricho de los magistrados, sino por la lógica misma del ordenamiento que impone esa respuesta cuando la materia está y debe ser regulada en exclusiva por el legislativo; es así como el cambio de estrategia debe estar dirigido al impulso de proyectos de ley que regulen el caso, ya sea por

---

<sup>160</sup> Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Pág. 124 a 136

<sup>161</sup> Por supuesto existen excepciones, basta leer los artículos transitorios de la Constitución, pero en la generalidad de los casos, el mismo Congreso impone las dinámicas de la materia a legislar. Incluso, existen dinámicas no contempladas en el ordenamiento jurídico que pueden desembocar en una supuesta obligación de legislar sobre ciertas materias, es el caso de los grupos de presión o del clientelismo.

<sup>162</sup> Por supuesto, no hay que engañarse con la autonomía de legislador, por cuanto la misma ha sido reforzada por la misma Corte Constitucional, en este ejercicio de ida y vuelta que le da *sentido al juego* y que permite una próxima jugada. En últimas, la autonomía de cada rama depende del reconocimiento mutuo que se prodiguen. Todo ello remite al paradigma de *racionalidad del legislador*, postulado criticado para establecer una ciencia del Derecho, pero que tiene una efectividad máxima en el devenir cotidiano de lo jurídico entendido como decisión judicial para la protección de derechos. (Cfr. Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 53 a 77).

normas específicas que se apliquen a la Seguridad Social, al régimen patrimonial, entre otros, o por supuestos jurídicos amplios que equiparen la expresión *compañero a permanente* a la pareja homosexual.

La primera de las soluciones, es decir, aquella que propende por leyes especializadas para cada uno de los temas de interés, ya sea la afiliación a la Seguridad Social, el régimen patrimonial, la posibilidad de adopción, en fin, puede presentar ventajas en el trámite, por cuanto al tener temas específicos, pocos artículos que sancionar y una clara distancia con los debates de qué se entiende por *familia*, la manera de presentar los argumentos y de realizar las discusiones puede tornarse más accesible y fácil en un tema que levanta tanta polémica; sin embargo se corre el peligro de crear un tercer régimen (junto al de las parejas unidas en matrimonio y al de las parejas heterosexuales que convivan en unión libre) que se convierta en otro motivo de discriminación o de inseguridad jurídica que dependa de fallos posteriores para determinar su alcance, dado que podría dar pie a la creación de nuevos precedentes por tratarse de temas no estudiados y, por tanto, no cobijados por la cosa juzgada.

La segunda propendería por una ley de interpretación auténtica<sup>163</sup> que indique que en la expresión *compañero/a permanente* se entenderá incluida la pareja homosexual para todos los efectos, detalle que le abriría paso a esta unión, no sólo en la Seguridad Social y en el régimen patrimonial, sino en la posibilidad de adoptar, en la inhabilidades para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado, entre otros. Ahora, esta estrategia podría encontrar insalvables obstáculos en el tema de la concepción de familia, cuestión que se podría evitar con leyes específicas reseñadas como primera solución, que entraran a regular la cuestión de manera paulatina, por cuanto en este aspecto, de acuerdo a las diversas lecturas que se le ha dado al artículo 42 de la Constitución, lecturas que van desde la interpretación de la intención del constituyente, hasta su estructura gramatical, lo más adecuado sería un acto legislativo que modificara el artículo e incluyera en su concepción de familia a la pareja homosexual, cambio que está sujeto a un proceso más largo y exigente en el Congreso y para el cual el país aún no parece estar totalmente preparado, dados los diversos enfrentamientos que ha sufrido el trámite de la ley de parejas homosexuales propuesto por la Senadora Piedad Córdoba.

A pesar de lo anterior, hay que tener en cuenta que el Congreso escribe, en su papel de *público fuerte*, para expropiar el conflicto, para sacarlo del ámbito de la opinión que se gesta en los *públicos débiles* e imprimirle una dinámica jurídica y judicial que cuenta con sus propios mecanismos de solución inevitables<sup>164</sup>. De acuerdo con lo anterior, se pueden rastrear diversas formas de evitar una discusión plural: una, referida anteriormente, es el

---

<sup>163</sup> El Código Civil, en su artículo 25, explica que “la interpretación auténtica que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponden al legislador.”

<sup>164</sup> Estos mecanismos de solución inevitables están representados en el *proceso judicial*, como medio de zanjar los conflictos de los particulares entre personas especializadas en un *argot* y en un *procedimiento*.

rótulo *privado* que se le pone, de antemano, a ciertos intereses de grupo que tienen muy poca oportunidad de hacerse oír en aras de formar *opinión*, sin embargo, la necesidad de *esferas* en competencia, ya sea en sociedades estratificadas o igualitarias, propone ciertas soluciones como la creación de los *públicos subalternos* que pueden cumplir con una labor de fortalecimiento a la exigencia de justificación y publicidad de lo que se considera *bien común* por los *públicos dominantes*; la segunda, aquella que puede considerarse como la más nociva, dado que su carácter ambivalente y su apariencia de conquista pueden ocasionar el fin de los debates, una caducidad de la fluctuación discursiva, y que toma el nombre de *expropiación del conflicto*<sup>165</sup> por parte del sistema jurídico. Fraser lo hace explícito en el siguiente ejemplo: “Si el maltrato a las esposas (...) se canaliza hacia instituciones especializadas asociadas con, digamos, el derecho de familia (...), esto sirve entonces para reproducir la dominación y subordinación de género.”<sup>166</sup> Si bien la autora no desarrolla el tema, lo deja planteado como algo en lo que merece la pena ahondar, ya que muchos grupos discriminados abogan por una inclusión explícita en el cuerpo legislado como solución última a todos los efectos nocivos de la supuesta neutralidad del sistema jurídico, sin tener en cuenta que ese movimiento es de doble vía, de manera que implica, también, un reflujo que produce resultados inesperados, por cuanto la dinámica del Derecho convierte en estatal esa materia y la aleja de los debates y de la posibilidad de formar una *opinión originaria*<sup>167</sup>. Este devenir que convierte los dilemas de lo *público* en expresiones de lo jurídico, pone en la palestra la supuesta división entre Estado y Sociedad Civil, cuestión que se desmiente a la luz de la soberanía parlamentaria, y hace evidente que la juridificación<sup>168</sup> de la realidad puede presentarse por las dinámicas propias de una *esfera pública hegemónica* convertida en legislador, en pocas palabras, en *público fuerte*. Esto conduce a la pregunta por la conveniencia de que los debates acerca del *bien común* tengan como escenario primordial el Congreso y si esta discusión que queda, supuestamente, zanjada en la voluntad de las normas jurídicas es suficiente para promover la desaparición de la subordinación.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> “Los procesos fuera del derecho sólo podrían tener un efecto *modulador* en la producción de variedad legal. Los conflictos sociales pondrían en marcha los procesos legales: estos modulan la formulación legal de los conflictos entre normas, que en última instancia son los responsables de las innovaciones legales, pero que tienen poco en común con las disputas entre las partes. De ahí la protesta contra la *expropiación del conflicto*. De ahí el motivo para el movimiento idealístico de deslegalización y para las alternativas al derecho.” (Teubner, Gunther. *Evolution of autopoietic law*. Citado en: Morales, De Setián Ravina, Carlos. *La Racionalidad Jurídica en Crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*. Pág. 58)

<sup>166</sup> Fraser, Nancy. *Pensando de Nuevo la Esfera Pública. Una contribución a las democracias existentes*. Pág. 127.

<sup>167</sup> Se habla de *opinión originaria*, dado que no se desconoce la posibilidad de que los públicos formen una *opinión* de lo que está en la norma, sin embargo, eso modifica el debate y hace que la misma sea una *opinión secundaria*, limitada por los linderos de lo que está o no en el mundo de lo jurídico.

<sup>168</sup> Teubner considera que la *explosión legal* es un concepto demasiado estrecho, razón por la cual éste debe ir acompañado del término *expropiación del conflicto*, puesto que esa es la consecuencia que se sigue de una actividad legislativa incontrolada y típicamente material. (Cfr: Morales, De Setián Ravina, Carlos. *La Racionalidad Jurídica en Crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*. Pág. 43 a 49)

<sup>169</sup> Haydee Birgin le da el nombre de *fetichismo de la Ley* al fenómeno descrito y apunta a que el recurso a la ley está inmerso en la paradoja de que la ley discrimina o puede dar punto final discursivo a la misma

Es claro que en países donde los partidos políticos son fuertes, con tradiciones asentadas de formación de *opinión*, a través de los *públicos*, sin importar su naturaleza, la hegemonía del Parlamento cuenta con un contrapeso, con un *contradiscurso*, es decir, con otras palabras que se escriben desde otra dirección; mas en los países donde no está claro quién y cómo se forma la *opinión*, los debates en el interior del Congreso pueden constituir un sofisma de distracción, una falacia de pluralismo, el verdadero mecanismo de *expropiación del conflicto* y, por ende, del silencio, entendido como el punto final a la acción discursiva. Esto conduce a la necesidad de formar una prístina *opinión pública* antes de someterla al carácter imperativo de las leyes y de las sentencias, a la urgencia de un Derecho que se base más en los procedimientos (sanción de leyes, expedición ágil de normas jurídicas y de solución de conflictos, cuestiones que permitirán que el Congreso no se convierta en el único foro de discusión) y no en la intervención directa en los problemas sociales.<sup>170</sup>

En este sentido, este trabajo se aparta de la afirmación esbozada por Nancy Fraser en la medida en que la autora indica que el surgimiento de la soberanía parlamentaria, y el consiguiente debilitamiento de la separación entre Sociedad Civil y Estado, representa un avance democrático frente a acuerdos políticos anteriores, pues, tal como lo sugieren los términos *público fuerte* y *público débil*, la *fuerza de la opinión pública* se incrementa cuando uno de los cuerpos que la representan obtiene el poder necesario para convertir tal

---

discriminación, sin que tenga una verdadera incidencia en la realidad si no se encuentra acompañada de políticas públicas pertinentes. Además, “la idea de normativizar la vida privada es una vieja remora que arrastra el movimiento [feminista]. Ante cada daño inflingido a las mujeres, la única respuesta que nos proponemos es exigir una ley que lo evite. (...) Mientras nosotras privilegiamos los parlamentos como espacios más sensibles para las demandas de las mujeres –lo que, además, es cierto–, las prioridades políticas se definen en otros espacios.” (En: Birgin, Haydée. *De la Certeza a la Incertidumbre*. <http://www.lolapress.org/elect/artspanish/birgin.htm>)

<sup>170</sup> “(...) lo que es crucial es la correspondencia estructural entre las normas legales y estructuras de oportunidad dentro de los subsistemas sociales. La racionalidad legal material no toma suficientemente en consideración esta correspondencia necesaria. Intenta regular estructuras sociales mediante normas legales, aunque estas estructuras no siempre se dobleguen a la regulación legal o no lo hagan fácilmente.” (Teubner, Gunther. *Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno*. Pág. 133). Ahora bien, es esencial anotar que en términos de la teoría de Pierre Bourdieu la solución no estaría dada por el fortalecimiento de una opinión pública de dudosa entidad gracias a lo que él llama *la fuerza de la estructura*, unido a la *paradoja de la doxa*, y por su desconfianza en la *magia performativa*, dado que él considera que el orden de las cosas es la que sustenta “la eficacia *performativa* de las palabras –y muy especialmente los insultos– así como lo que se *resiste* a las redefiniciones falsamente revolucionarias del voluntarismo subversivo.” En realidad, su respuesta o salida a esta situación está dada por un aprovechamiento del *capital* cultural –entendido como un tipo de información altamente apreciada en el espacio social– que posee el movimiento gay y lesbiano, dado que “su comportamiento no implica y no provoca necesariamente unas desventajas económicas y sociales (...)” que le permiten adquirir cierta posición privilegiada frente a dicho capital, el cual jugará un papel determinante en los enfrentamientos simbólicos, por cuanto “el objetivo de cualquier movimiento de subversión simbólica consiste en realizar un trabajo de reconstrucción y de construcción simbólica que tienda a imponer nuevas categorías de percepción y de apreciación, para construir un grupo o, más radicalmente, destruir el principio de división que produce tanto los grupos estigmatizadores como los grupos estigmatizados.” (Bourdieu, Pierre. *La Dominación Masculina*. Pág. 11, 126, 127, 148 y 149).

*opinión* en decisiones obligatorias. Es cierto que considerar el Parlamento como un paso más en el avance de la democracia tiene fuerza y propende por el pluralismo, pero esta sentencia no puede ser pronunciada sin más, en abstracto, pues ya se hizo hincapié en que el legislador toma en sus manos la labor de la producción del Derecho, ejercicio que, en la mayoría de ocasiones, desborda el poder mismo de lo jurídico en aras de estampar la impronta de una determinada esfera pública convertida en *público fuerte*. Es así como, la tendencia excesiva de formalización y materialización del Derecho, tiene su génesis no sólo en la crisis del Estado Liberal, y en la avanzada del Estado omnipotente (benefactor), sino, también, en el afán de los públicos fuertes, en especial del Congreso, de traducir sus conquistas en pesados códigos que, muy pocas veces, encuentran una realización justa y eficaz.

Como ya se expuso, las palabras en Derecho no tienen el mismo valor que las palabras comunes, no sólo por su poder performativo, sino por el nivel de abstracción que alcanzan, y por su potencialidad para desdibujar la presencia de individuos de carne y hueso frente al fluir de lo jurídico. Hay que aceptar que un paso directo de la Constitución a los jueces es, en la mayoría de los casos, difícil, aunque se trate de derechos fundamentales; casi imposible, cuando las previsiones constitucionales no tienen este carácter y, por tanto, necesitan de desarrollos legales para su operatividad. De esto se sigue que es precipitado descalificar a la jurisprudencia y a su autor de manera tajante, más, cuando se observa que la Corte Constitucional, en el caso en comento, depende, en su mayoría, de las palabras de la ley<sup>171</sup>, salvo en los casos que los derechos pendientes de desarrollo estén en conexidad con un derecho fundamental. Las leyes deben poseer ciertas virtudes, una de ellas es la concreción, el lenguaje jurídico más directo y la posibilidad de acceder a los debates de la misma en las comisiones, cámaras y plenarias; también, tras ella, se encuentran los representantes de los partidos, de las etnias y de las regiones, la dialéctica de la argumentación y la contra argumentación. Tal vez, lo que se quiere anotar es la insensatez de cifrar las esperanzas en un único movimiento del aparato jurídico, ya sea de la Corte Constitucional o del Legislador, en la medida en que la labor eficiente y eficaz debería estar encaminada, primero, a la formación de una *opinión pública* capaz de adelantar un debate de altura en el Congreso, con miras a discutir y reproducir ese proyecto en el *público fuerte*, y, luego, a la protección de esos derechos ganados en el debate democrático ante una rama

---

<sup>171</sup> No en vano los magistrados de la Corte Constitucional han hecho un llamado al legislador: “Consideramos justo y pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales, lo cual es independiente de que éstas se consideren o no constitutivas de familia. En todo caso, la idea de familia, su estructura, tipología y funciones, no responden a un concepto único, sino que por el contrario se trata de una institución que con distintas particularidades ha evolucionado y sigue evolucionando en el tiempo y en el espacio históricos. Contemporáneamente se ha impuesto la familia nuclear, luego de que por largo tiempo rigiera la denominada “familia troncal” o extensa. Sin embargo, nada asegura que aquella sea inmutable y que con el transcurso del tiempo y los cambios económicos y sociales, vayan surgiendo otras formas y tipos de convivencia. El derecho de familia, por lo visto, aún incorporando valores sociales legítimos, debe también seguir el curso de la realidad histórica y ser respetuoso del pluralismo y del derecho a la libre opción sexual.” (Aclaración de voto. C-098 de 1996)



Judicial que será capaz de resolver los casos difíciles o de integrar las normas pertinentes en los vacíos del legislador; en fin, es esencial que los homosexuales ganen el derecho a la afiliación de la pareja a la Seguridad Social en Salud (a la manera de los *compañeros as permanentes* o por medio de la creación de una nueva categoría) en el ámbito del Parlamento, dadas las especiales características del mismo (derecho prestación, dependiente de un desarrollo del legislador, que no puede ser otorgado, ni protegido autónomamente por la Corte Constitucional, sino en la medida en que éste sea desarrollado por ley), por cuanto las posibilidades de la estrategia desplegada ante los jueces parece haber agotado sus posibilidades de éxito en vista de que las ramas no pueden desconocerse mutuamente sus campos de acción.

La formulación de la citada ley es necesaria para formalizar conquistas, sin embargo, no hay que olvidar que de la formulación de esa ley se van a seguir pronunciamientos jurisprudenciales, casos difíciles y afectación a otras concepciones jurídicas como la de *familia*, y su consiguiente derecho a la adopción, por ese motivo la ley que ha de proponerse en el Congreso, ya sea exhaustiva o general, debe proceder de un juicioso análisis de los interesados, de períodos de concertación, y de discusión de las posibles consecuencias de enarbolar una u otra estrategia, porque de allí en adelante, una vez se logre sancionar la norma, el avatar de la misma entra en los linderos del Derecho, sistema que con su propia lógica puede arrojar soluciones inesperadas, puesto que “con la escritura aparece la posibilidad del comentario universalizante, que da comienzo a reglas y especialmente a principios *universales*, y aparece también la posibilidad de la transmisión objetiva –mediante un aprendizaje metódico– y generalizada más allá de las fronteras espaciales (entre territorios) y temporales (entre generaciones). (...) el derecho escrito favorece de manera progresiva la autonomía del texto, que se comenta y que se interpone entre los comentadores y la realidad. Desde ese momento se hace posible lo que la propia ideología legal describe como *ciencia jurídica*, es decir, una forma particular de conocimiento sabio, dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional (...).”<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> Bourdieu, Pierre. *Elementos para una sociología del campo jurídico*. Pág. 207 a 208.

## 5. EPÍLOGO: NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS FALLIDAS. LA VOYEUR PROPONE UN CAMBIO EN LA PRÓXIMA JUGADA

*(...) for the suggestion that inquires into the meanings of words merely throw light on words is false. Many important distinctions, which are not immediately obvious, between types of social situation or relationships may best be brought to light by an examination of the standard uses of the relevant expressions and of the way in which these depend on a social context, itself often left unstated. In this field of study it is particularly true that we may use, as Profesor J.L. Austin said, 'a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena'*

The Concept of Law  
H.L.A. Hart

A principios de agosto de 2002, la Senadora Piedad Córdoba Ruiz presentó de nuevo el proyecto de ley “por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos”<sup>173</sup>, con la idea de darle trámite con las modificaciones que surgieron del anterior proyecto (número 085 de 2001), especialmente aquella que tenía que ver con la clarificación de que el estatuto no intentaba emular el matrimonio, ni modificar la concepción de familia consignada en el artículo 42 de la Constitución Política. Este documento, al igual que su antecesor, abogaba por el reconocimiento, conformación y registro potestativo de la pareja homosexual, en aras de obtener un régimen patrimonial especial y unos efectos específicos, entre los cuales se contaba el de la Seguridad Social Integral en los mismos términos que los *compañeros/as permanentes*. Es importante anotar que, luego de una lista taxativa de consecuencias adicionales a las del régimen patrimonial, el párrafo 1º del artículo 5º indicaba que “los beneficios a que tengan derecho los compañeros permanentes se aplicarán a las parejas del mismo sexo”, disposición que creo bastante resistencia, por cuanto en ella se podía entender incluido el derecho a la adopción.

En el mes de octubre del mismo año, una vez aprobado el texto con ciertas modificaciones en la Comisión Primera<sup>174</sup>, el Honorable Senador Carlos Gaviria realizó la ponencia para

---

<sup>173</sup> Proyecto de Ley número 43 de 2002 Senado, Gaceta del Congreso número 325, lunes 12 de agosto de 2002.

<sup>174</sup> Entre los cambios más importantes se cuenta la eliminación de un tipo penal que pretendía sancionar la discriminación en razón de la identidad u orientación sexual, por cuanto iba en contra de la unidad de materia y de la determinación del tipo; además, se suprimió uno de los efectos de la unión homosexual que tenía

segundo debate ante el Senado; sin embargo, las sesiones correspondientes a este tema finalizaron en agosto de 2003, con la intervención de varios invitados, entre ellos sociólogos, madres de familia; y con la lectura de textos enviados por los ex-presidentes y por la Iglesia Católica, entre otros; trámite que culminó con el hundimiento, y consiguiente archivo, de la iniciativa.

Múltiples fueron las causas del segundo intento fallido, sin embargo, se podrían centrar las críticas en dos puntos: el primero, la idea de abarcar múltiples campos de acción en un mismo proyecto que pretendió ser específico y general a la vez<sup>175</sup>; la segunda, centrada en la identidad casi total entre la regulación de los *compañeros/as permanentes* y la de la unión homosexual, detalle que levantó la sospecha de un intento de alterar la concepción de familia que trae el artículo 42 de la Constitución, cuyo alcance ha sido fijado por la Corte Constitucional en varias de las sentencias aquí citadas. Quizá, en un proyecto posterior sea pertinente concentrarse en algunas de las intervenciones de los senadores que alentaron la negativa al proyecto<sup>176</sup>, por cuanto en ellas se reiteró que no existía una verdadera discriminación a los homosexuales, tanto así que la ley les permitía formar sociedades, ser pareja, incluso, celebrar el contrato de régimen patrimonial especial ante una notaria; punto que la exposición de motivos descuidó, junto con el de la aclaración de que el proyecto no intentaba generar otro tipo de familia. Por supuesto, de las intervenciones de los senadores se puede colegir que la materia suscita reacciones pasionales desmedidas, no obstante, en aras de contrarrestarlas, es capital tener a mano una argumentación que no se fundamente tanto en los principios filosóficos y democráticos, como en la presentación de cifras, de casos específicos, del impacto real o imaginado que tiene en el equilibrio del Sistema de

---

relación con el derecho a obtener la nacionalidad del compañero/a, beneficio con el que ni siquiera cuenta el régimen de compañeros permanentes heterosexual.

<sup>175</sup> Nótese cómo se quiere regular los aspectos de las sociedad patrimonial en los primeros artículos, más el párrafo 1º del artículo 5º, ya reseñado, da un giro en la idea del proyecto y pretende extender de una sola vez los beneficios de los compañeros/as permanentes heterosexuales a las parejas homosexuales.

<sup>176</sup> El Senador Enrique Gómez Hurtado expresó: "(...) todo lo que se dijo aquí que debieran ser los derechos de las uniones homosexuales, en este momento está autorizado por la ley, pueden hacer contratos o sociedad que quieran, de hecho lo pueden hacer también de derecho, pueden establecer el sistema de herencias, pueden disponer de sus ingresos pueden comprar casas, no se les niega la casa a ellos, que eso no es un argumento pues que lo comprenden uno de los dos o lo comprenden entre los dos, se hace una sociedad."

El Senador Óscar Iván Zuluaga indicó: "¿Qué es lo que busca el párrafo del artículo 5º, cuando establece que los beneficios a que tengan derechos los compañeros permanentes, se aplicarán a las parejas del mismo sexo?, quiere decir que pueden adoptar, está excluida (sic) la posibilidad de la adopción, porque las parejas que viven en unión libre adoptan y lo pueden hacer con total amplitud, que le vamos a decir eso al país, ese es el concepto que queremos de desarrollo, en materia de derechos."

El Senador José Álvaro Sánchez Ortega señaló: "(...) estamos legislando para algo anormal, que no se enmarca dentro de la conducta humana (...) pero ya lo han dicho aquí hasta la saciedad, las normas actuales lo amparan, aquí en forma subliminal se quiere mandar un mensaje distinto, la verdad es que se quiere legalizar las parejas homosexuales (...) no podemos legislar para la excepcionalidad respetamos cada uno su posición personal (sic), pero en esta forma en que vamos a legislar para este tipo de excepcionalidad, de aquí a mañana vamos a terminar, también legislando para algunas desviaciones de tipo sexual (...)" (Gaceta del Congreso número 435, miércoles 27 de agosto de 2003)

Seguridad Social el conceder el derecho a la afiliación de la pareja homosexual, en fin, propugnar por una exposición de motivos concreta, que no se pierda en divagaciones en aras de establecer un debate que se centre en cuestiones de facto y no en la intención del constituyente o en los fundamentos del Estado Social de Derecho, características que ya han sido definidas por la Corte Constitucional y que hacen parte del bagaje común de los congresistas. En efecto, el proyecto que se ha de presentar en el futuro, ya sea que escoja la regulación específica de un tema, o se lance por una previsión que los equipare a los *compañeros/as permanentes*, ha de tener en mente que los debates no se ganarán sobre la base de argumentos abstractos, sino con la evidencia contundente que pueda desarmar las objeciones generales de los opositores.

A pesar de lo anterior, no todo es pérdida, pues con estos dos intentos fallidos se ha logrado trasladar una materia que parecía condenada a la intimidad de las discusiones de un *público fuerte*, es decir, se evidencia la pugna de un *público débil* por hacer oír su voz en el Congreso, por transformar las nociones de *bien común* y por consolidar una *opinión pública* que intenta conquistar las palabras de las leyes. De esta manera, es posible aseverar que, por lo menos, en principio, se está cumpliendo el “derecho a tener derechos” propugnado por Hannah Arendt<sup>177</sup>, puesto que no se trata de eliminar el pluralismo, la disidencia, y de silenciar las voces conservadoras que hacen parte del *público fuerte* Congreso de la República de Colombia, ya que la posibilidad de lanzar y oír argumentos disímiles es uno de los costos del pluralismo, es decir, del juego democrático.<sup>178</sup> Arendt, en sus *Reflexiones Sobre Little Rock*<sup>179</sup>, pone de presente que la permanencia de la organización del Estado no depende del bienestar exclusivo de los grupos discriminados, sino de la permanencia de los derechos de todos los ciudadanos, mejor, de la posibilidad real de cada uno de ellos de acceder a la *esfera pública* y de pronunciar en ella palabras que no queden olvidadas o confundidas con el silencio. Es cierto, en orden de garantizar la no discriminación de un grupo no se pueden suspender las garantías de los demás participantes, no se les puede pedir que dejen de expresar lo que piensan, ni que dejen de tratar de que la *esfera pública* se convierta en lo que ellos desean que sea. Sin embargo, estas *opiniones* lanzadas y respetadas en su contexto de libre discusión, encuentran un límite: ninguno de los participantes podrá perder el derecho a tener derechos, premisa que impide que la discriminación que viven los actores en el espacio social, defecto o virtud del sistema que de ser abolida a la fuerza trae consigo el peligro del totalitarismo, se convierta en una segregación avalada por la ley en la *esfera pública*.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> Ver cita 158 de este escrito.

<sup>178</sup> Esta posición estaría en concordancia con los postulados de Nancy Fraser acerca de la necesidad de llevar lo *privado* a la discusión que se realiza en las *esferas públicas*. (Cfr. Fraser, Nancy. *Pensando de Nuevo la Esfera Pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes*. En: *Iustitia Interrupta. Reflexiones Críticas desde la Posición “postsocialista”*. Pág. 108 a 113).

<sup>179</sup> Arendt, Hannah. *Reflections On Little Rock*. En: Baher, Peter (ed.). *The Portable Hannah Arendt*. Pág. 234

<sup>180</sup> Ibidem, pág. 237.

De este modo queda planteada la paradoja o el dilema: las discriminaciones no pueden deshacerse por la fuerza, ya sea la de una persona, por ejemplo, un dictador, o por un cuerpo colegiado, la Corte Constitucional -que haría las veces de gobernante totalitario, por no ser un órgano de representación popular, y por tratarse de un enclave de decisión alejado de la discusión de los *públicos débiles y fuertes* en la *esfera pública*- sino que tienen que ser discutidas y morigeradas a través de la discusión que garantice el “derecho a tener derechos” de todos los ciudadanos, incluso de aquéllos participantes más intransigentes y radicales.

Ahora, es pertinente preguntarse si la falta de reconocimiento del derecho a la afiliación de la *pareja homosexual* es una cortapisa del “derecho a tener derechos” mencionado, es decir, si la falta de una protección en ese sentido es una discriminación elevada a rango legal, o sea, segregación. En este caso, el cuestionamiento estaría enfocado a si la necesidad de una ley que reconozca a esta *pareja* como titular de ciertos derechos de los que gozan los matrimonios y las uniones maritales de hecho es urgente, no para acabar con la discriminación, sino para generar una mayor equidad en la participación de las personas en la *esfera pública*.<sup>181</sup> Siguiendo la línea de Arendt, es evidente que el reconocimiento de este derecho específico a la afiliación al Sistema de la Seguridad en Salud de la *pareja homosexual* no aumenta ni disminuye “el derecho a tener derechos” de las personas, individual y colectivamente consideradas, a acceder a las discusiones de la *esfera pública*, sino que supone una igualdad en el plano de lo social que no afecta el plano político.<sup>182</sup> A los ciudadanos, ya sean *homosexuales* o no, se les protege, así sea en el papel, por igual su derecho al voto, a ser elegidos, su facultad de hacer peticiones ante las autoridades, su capacidad de accionar el aparato judicial, en fin, su libre desarrollo de la personalidad, lo que conlleva a concluir que los congresistas disidentes del proyecto están, en principio,

---

<sup>181</sup> “Segregation is discrimination enforced by law, and desegregation can do no more than abolish the laws enforcing discrimination; it cannot abolish discrimination and force equality upon society but it can, and indeed must, enforce equality within the body politic.” (En: Ibidem, pág 237).

<sup>182</sup> La política tiene que ver con la toma de decisiones en los *públicos fuertes*, es decir, el lugar donde se discuten los derechos y se toman decisiones obligatorias por su sanción, en cambio, lo *social* tiene que ver con el desenvolvimiento “privado” que se basa en esos derechos discutidos, aprobados o negados. Por esa razón, Arendt acepta que una sociedad por extremas inequidades sociales desemboca en una pobreza política. (En: Bohman, James. *The Moral Cost of Political Pluralism: the dilemmas of difference and equality in Arendt's 'Reflections on Little Rock.'* Publicado en: May, Larry y Kohn, Jerome. *Hannah Arendt. Twenty Years Later.* Pág. 64). Aunque es sabido que la división de lo público y lo privado ha sido largamente discutida por el feminismo, es cierto que los *públicos débiles* se desenvuelven en un contexto “privado” por cuanto sus decisiones no cuentan con obligatoriedad, por esto, siempre aspiran a convertirse en la voz y en la mano que redacta las decisiones de un *público fuerte*. Se reconoce que la dicotomía entre lo social y lo político es peligrosa, sin embargo, cuando se habla de *esferas públicas*, se debe aceptar, por principio, la existencia de *esfera privadas*; no obstante, lo que realmente garantiza el reconocimiento de las incidencias mutuas entre las dos esferas es la posibilidad de discutir el *bien común*, o la garantía del “derecho a tener derechos”, que propone la facultad de cualquier participante de la *esfera privada* de iniciar una acción humana que tenga incidencia en la *esfera pública* y en los *públicos fuertes*. En fin, no sobra agregar que la discusión aquí planteada es teórica, motivo por el cual no puede desatender la necesidad de contar con categorías analíticas que en la realidad no poseen contornos tan nitidos.

acertados, motivo que impone un cambio en la estrategia de la argumentación, y en la formación de una voz u *opinión* desde las bases que proponga el tema desde el punto de vista de un mejoramiento de las condiciones sociales y no del cumplimiento de fines meramente políticos centrados en la igualdad y en el libre desarrollo de la personalidad, derechos que, de por sí, ya están reconocidos y protegidos. Aquí de lo que se trata es de la efectividad de un derecho de segunda generación, de una meta programática del Estado y, como tal, debe ser presentada y cabildeada. Por esto, la motivación del proyecto debe visibilizar la posibilidad del Estado de cumplir con esa parte del programa, con ese avance en la obtención de los derechos de segunda generación. Como se puede colegir, la dicotomía entre derechos de primera, segunda y tercera generación parapetan injusticias e inequidades, por cuanto los unos están relacionados con los otros, tanto que están imbricados para su cumplimiento<sup>183</sup>, mas lo que se quiere demostrar aquí es la necesidad de una estrategia dentro del juego que está en curso en el Congreso<sup>184</sup> y en el sistema jurídico en general, un juego que presupone el manejo del conocimiento y el manejo de las mismas herramientas con que se ha negado repetidamente el derecho a la afiliación de la *pareja homosexual*. Las facciones conservadoras se pertrechan en este carácter progresivo del derecho de la Seguridad Social, en los derechos que ya están reconocidos para los homosexuales, de esto se sigue que una de las formas de desmontar su discurso es jugando con los mismos conceptos para darles el giro necesario para llenarlos de contenido, logrando así un importante avance en la producción de un discurso que proteja, por encima de todo, la conformación de una voz u *opinión* que resuene en el *público fuerte*.

En concordancia con lo anterior, uno de las tantas posibilidades, tiene que ver con un proyecto de ley que ha de estar sustentado en notas económicas y contables; que ha de ser preciso en el ámbito de aplicación, es decir, en la afiliación de la *pareja homosexual*; que debe evitar tocar otras materias que tienen que ver con el desarrollo de otros derechos y concepciones, como el derecho a la adopción, los delitos y faltas disciplinarias por discriminación, entre otros; que ha de sentar bases claras de entrada en el Sistema de Seguridad Social de este nuevo individuo, previendo cambios que van desde la modificación de los formularios, hasta los planes para procurar la estabilidad y financiación del aparato. Como se puede observar, esta propuesta genera una *interseccionalidad*<sup>185</sup>, en el sentido de que su proceso de construcción y trámite no ha de estar avalado, exclusivamente,

---

<sup>183</sup> “Los derechos de segunda generación se incorporan a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista; son de naturaleza económica y social, e inciden sobre la expresión de igualdad de los individuos. Exigen cierta intervención del Estado para garantizar el acceso igualitario a derechos, es decir, para compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales entre individuos (...)” (Munévar, Dora Inés. *El Derecho a Tener Derechos. Postulado arendtiano para pensar los derechos del cuerpo*. En: *Seminario Hacia una Agenda Sobre Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia*. Pág. 302)

<sup>184</sup> Siempre queda la posibilidad de no participar en el juego, en este caso, no apostarle a las palabras del Congreso, sin embargo, aún parece utópica la propuesta de no jugar y cambiar por completo el juego. Como lo dice la misma palabra *utopía*, esa salida aún está en un *no-lugar*.

<sup>185</sup> Ver página 40 y 41 de este trabajo de tesis.

por los juristas y sus concepciones abstractas de los derechos, sino que requiere la colaboración de economistas, contadores, expertos en Seguridad Social y en deuda pública.

Es claro, entonces, que jugar por jugar, a veces, tiene sus costos, ganancias y pérdidas que implican la atención o la indiferencia de los participantes en el juego, por cuanto de la efectividad de las jugadas, de su estrategia y de su elaboración concienzuda pende la continuación del juego y la seriedad con que los demás jugadores se observen entre ellos, a pesar de que no todos los movimientos culminen en una victoria. En este sentido, presentar una y otra vez el mismo proyecto de ley, con pocas modificaciones en su articulado y en su motivación, no hacen más que provocar un perjuicio en la sana competencia de los participantes del *público fuerte*, una creciente sensación de improvisación y de aburrimiento por la falta de alternativas. Lo mismo sucede con la insistencia en la mala conducta, por ponerle algún nombre, de la Corte Constitucional al respecto, reiteración que pone en tela de juicio la capacidad del grupo discriminado de los *homosexuales* para encontrar nuevas salidas y para entender las dinámicas del Derecho que se decide en distintos ámbitos, de acuerdo con las facultades constitucionales de cada órgano. Hay que reconocer que la Corte, en este caso específico, ha sabido observar el *sentido del juego* con respecto a la división de poderes y ha conservado un espacio para la discusión pluralista de los ciudadanos al no tomar decisiones referentes a un tema de exclusivo resorte del legislador. Por lo expuesto, la manía de provocar un viraje en las líneas de decisión de la jurisprudencia constitucional, en el corto plazo, deja olvidada una de las estrategias más acertadas y valiosas para la continuidad del juego y para la consecución de un reconocimiento: la discusión en el *público fuerte*, previo el fortalecimiento del *público débil*<sup>186</sup>.

Hay que ser consecuentes con las demandas que se le hacen a la concepción del Estado y a su ordenamiento jurídico, hay que procurar que los jugadores quieran seguir moviendo las fichas, hay que garantizar que el “derecho a tener derechos” no quede relegado por el afán de obtener un reconocimiento de un derecho por los medios que no son adecuados, por las palabras no autorizadas, por una sentencia que no ha de entrar en franca competencia con el ámbito de las palabras de las leyes, por las frases que no se escuchan ni se pronuncian en los ámbitos que atañen a los *públicos débiles*, en su calidad de forjadores de la *opinión* que ha de ser avalada por la sanción del *público fuerte*.

---

<sup>186</sup> Esta propuesta teórica será puesta a prueba en la investigación *Vida Cotidiana, Marcos Políticos, Regímenes Jurídicos, intersecciones y alcances*, planteada por la Profesora Dora Inés Munévar, para el caso de los discapacitados como grupo discriminado. No sobra anotar que esta “solución” ya la había vislumbrado Carré de Malberg, quien indicó que a la “Nación” se le ha arrebatado su posición en el juego jurídico desde que cumplió su papel histórico de delegación a los representantes del poder constituyente También, R. Capitant señaló que “el remedio se impone, es sencillo: se trata de pasar de la ficción a la realidad, de sustituir la soberanía ficticia del pueblo por su soberanía real (...)” (En: Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Pág. 146 y 147).

**ANEXO**  
**JURISPRUDENCIA ESTUDIADA DE LA**  
**CORTE CONSTITUCIONAL**

<b>Sentencia</b>	<b>Tema</b>
C-037 de 1996	Revisión constitucional del proyecto de ley Estatutaria de Administración de Justicia
C-098 de 1996	Los homosexuales frente a la regulación de las uniones maritales de hecho, Ley 54 de 1990
C-139 de 1996	Multiculturalismo, jurisdicción indígena
C-434 de 1996	Unidad de materia
C-659 de 1997	Concepción de familia
C-481 de 1998	Homosexualidad y estatuto docente, libre desarrollo de la personalidad
C-482 de 1998	Sustitución pensional, igualdad entre cónyuges y compañeros permanentes
C-507 de 1999	Homosexualismo en las fuerzas militares, libre desarrollo de la personalidad
C-289 de 2000	Familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos
C-1489 de 2000	Derecho a la Seguridad Social, derechos económicos y sociales, derechos prestacionales, decisiones económicas legislativas.
C-814 de 2001	Parejas homosexuales frente al derecho a la adopción
C-828 de 2001	Seguridad Social como un mandato social
T-597 de 1993	Derecho a la Salud
T-097 de 1994	Homosexualidad en las fuerzas militares
T-539 de 1994	Derechos de las minorías, derechos de los homosexuales, medios de comunicación.
T-553 de 1994	Derecho a la Seguridad Social de la compañera permanente
T-569 de 1994	Homosexualidad en los colegios
T-037 de 1995	Homosexualidad en las fuerzas militares
T-290 de 1995	Homosexual frente a la custodia de una niña
T-309 de 1995	Principio de solidaridad
T-349 de 1996	Multiculturalismo, principio de la diversidad étnica y cultural.
T-373 de 1996	Derecho a la igualdad, igualdad de oportunidades, prohibición de establecer



	criterios económicos para acceder a un curso.
T-590 de 1996	Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación de estudiante embarazada.
T-681 de 1996	Unión marital de hecho, igualdad entre cónyuge y compañera permanente.
T-057 de 1997	Vía de hecho, violación del derecho a la igualdad por inexistencia de justificación para apartarse de la jurisprudencia.
T-101 de 1998	Derecho a la igualdad en el acceso de la educación del homosexual.
T-321 de 1998	Derecho a la igualdad en las decisiones judiciales.
T-660 de 1998	Familia, vínculos que la conforman
T-012 de 1999	Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación de estudiante en estado de embarazo
T-268 de 2000	Homosexualidad, test de igualdad, trascendencia social de la condición "gay"
T-618 de 2000	Homosexuales, derecho a la Seguridad Social del compañero permanente, prohibición de actuar contra el acto propio.
T-1426 de 2000	Derecho a la Seguridad Social, exclusión de parejas homosexuales.
T-1484 de 2000	Derecho a la salud, conexidad con derecho a la vida.
T-1502 de 2000	Sistema de Seguridad Social, familia constituida por matrimonio o por unión marital de hecho.
SU-111 de 1997	Conexidad, derechos económicos y sociables, excepción de tutelabilidad.
SU-510 de 1998	Principio de diversidad étnica y cultural.
SU-819 de 1999	Derecho a la salud, derecho prestacional.
SU-623 de 2001	Homosexuales y derecho de afiliación de la pareja homosexual al sistema de la Seguridad Social en salud.

## Bibliografía

- Arango, Luz Gabriela. *Familia, Trabajo y Identidad de Género. Analogías y Contrastes entre Dos Categorías Socio-Profesionales en América Latina*. En: Abramo y Rancel de Paira Abreu (comps.). *Genero e Trabalho na sociologia latinoamericana*. ALAST, Sao Pablo, 1998, pág. 169-195.
- Arendt, Hannah. *Reflections on Little Rock*. En: Baehr, Peter. *The portable Hannah Arendt*. Penguin Books, United States of America, 2000, pág. 231 a 246.
- \_\_\_\_\_. *The Origins of Totalitarianism*. Harcourt Brace & Company, San Diego, 1979.
- Birgin, Haydée. *De la Certeza a la Incertidumbre*. Lola Press No. 1, <http://www.lolapress.org/elect/artspanish/birgs.htm>
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997.
- Bock, Gisela. *Políticas sexuales nacionalistas e historias de las mujeres*. En: Duby, Georges y Perrot, Michelle. *Historia de las mujeres*. Tomo IV, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pág. 193 a 246.
- Bohman, James. *The Moral Cost of Political Pluralism: the dilemmas of difference and equality in Arendt's 'Reflections on Little Rock.'* En: May, Larry y Kohn, Jerome. *Hannah Arendt. Twenty Years Later*. Pág. 53 a 80.
- Bosch, Esperanza; Ferrer, Victoria A. y Gili, Margarita. *Historia de la Misoginia*. Editorial Anthropos, Barcelona, 1999.
- Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2002.
- Bourdieu, Pierre. *La Dominación Masculina*. Anagrama, Barcelona, 2000.
- Brown, Wendy y Patricia Williams. *La Crítica de los Derechos*. Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2003.
- Calvino, Italo. *Las Ciudades Invisibles*. Ediciones Siruela, Madrid, 1994.
- Cabal, Luisa; Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica. *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001.
- Cañón, Ortegón. *Seguridad Social, ¿un negocio o un servicio?* Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo II, Bogotá, 1994.
- Carroll, Lewis. *Alice's Adventures in Wonderland & Trough the Looking Glass*. Signet Classic, New American Library, New York, 1960.
- Castellanos, Gabriela. *De la concientización al empoderamiento: trayectoria del pensamiento feminista en los estudios de género en Colombia*. En: Leal, Francisco (comp.). *Discurso y Razón. Una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000, pág. 270.
- \_\_\_\_\_. *¿Existe la mujer? Género, Lenguaje y Cultura*. En: Arango, Luz Gabriela; León, Magdalena y Viveros, Mara. *Género e identidad. Ensayos sobre lo*

- femenino y lo masculino*. Coed. Tercer Mundo Editores. Edic. Uniandes, Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá, 1995.
- Connell, R.W. *La Organización Social de la Masculinidad*. En *Masculinidad es. Poder y Crisis*. Ediciones de las mujeres, No. 24, Isis internacional, Chile, 1997, pág. 31 a 48.
  - *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 1996.
  - Conway, Jill K.; Bourque, Susan C. y Scott, Joan W. El Concepto de Género. En: Navarro, Marysa y Stimpson, Catherine R. (Comp.) *¿Qué son los estudios de mujeres?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, pág. 167 a 178
  - Corsi Otálora, Carlos. *La Reforma de la Reforma en Salud*. En: Franco, Saúl (ed.). *La Salud Pública Hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 449 a 461.
  - Corte Constitucional, jurisprudencia 1992-2001, Cd-Rom, Relatoría, Biblioteca, División de Sistemas.
  - Eck, Helene. *Mujeres del desastre. ¿Ciudadanas del desastre? Las francesas bajo el régimen de Vichy (1940-1944)*. En: Duby, Georges y Perrot, Michelle. *Historia de las mujeres*. Tomo IV, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pág. 247 a 283.
  - Eribon, Didier. *Reflexiones Sobre la Cuestión Gay*. Editorial Anagrama S.A., Barcelona, 2001.
  - Esguerra Muelle, Camila. *Decir Nosotras: acto de habla como forma de construcción del sujeto lésbico colectivo y de mujeres LBT (lesbianas, bisexuales y transgeneristas) en Colombia*. En: *Seminario Hacia una Sexualidad Sobre Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Humanas; Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos; CD-Rom. Pág. 121 a 138.
  - Facio, Alda. *De las Necesidades Básicas a los Derechos Humanos*. En: Cook, Rebecca (ed.). *Los Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Profamilia, Bogotá, 1997, pág. 350 a 365.
  - Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1998
  - Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
  - Gabilondo, Ángel. *Trazos del Eros. Del leer, hablar y escribir*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
  - Gamson, Joshua. *Must Identity Movements Self-Destruct? A Queer Dilemma*. En: *Social Problems*. Vol. 42, No. 3, agosto de 1995.
  - García Villegas, Mauricio. *La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá.
  - Gargarella, Roberto (comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Colección Biblioteca Yale Estudios Jurídicos, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

- Gaviria Díaz, Carlos. *El Derecho a la Salud en el Derecho Constitucional Colombiano*. En: Franco, Saúl (ed.). *La Salud Pública Hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 305 a 312.
- Hart, H.L.A. y Dworkin, Ronald. *La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford Press University, China, 1994.
- Hernández Álvarez, Mario. *El Debate Sobre la Ley 100 de 1993: antes, durante y después*. En: Franco, Saúl (ed.). *La Salud Pública Hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 463 a 479.
- Honig, Bonnie (ed.). *Feminist Interpretations of Hannah Arendt*. The Pennsylvania State University Press, United States of America, 1995.
- Jeffreys, Sheila. *La Herejía Lesbiana. Una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*. Ediciones Cátedra, S.A., Madrid, 1996.
- *Jurisprudencia y Doctrina*. Septiembre de 2001. Editorial Legis, Bogotá, págs. 1762-1776.
- Kapeli, Anne-Marie. *Escenarios del feminismo*. En: Duby, Georges y Perrot, Michelle. *Historia de las mujeres*. Tomo IV, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pág. 521 a 558.
- Kristeva, Julia. *El Genio Femenino. La vida, la locura y las palabras. Hannah Arendt*. Paidós, Argentina, 2000.
- Lamas, Marta. *Cuerpo: Diferencia Sexual y Género*. Editorial Taurus, México, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Usos, dificultades y posibilidades de la categoría 'género'*. En: *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. Lamas, Marta (comp.)
- \_\_\_\_\_. *Cuerpo e Identidad*. En: ARANGO, Luz G., LEÓN, Magdalena y VIVEROS Mara. *Comp. Género e identidad: ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. Tercer Mundo ed. Págs: 61-8. Bogotá, 1995.
- Lefaucheur, Nadine. *Maternidad, familia, estado*. En: Duby, Georges y Perrot, Michelle. *Historia de las mujeres*. Tomo IV, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pág. 479 a 505.
- León, Magdalena. *El género en la política pública de América latina: neutralidad y distensión*. Revista de Análisis Político, IEPRI No. 20, Bogotá, Septiembre-Diciembre, págs. 34-45.
- López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial*. Legis, Bogotá, 2001.
- Londoño de la Cuesta, Juan Luis. *¿Qué sigue después de la ley 100?* En: Franco, Saúl (ed.). *La Salud Pública Hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 439 a 446.

- *Mecanismos de protección y participación de la mujer.* Colección de brevarios legislativos, editorial Leyer, Bogotá, 2001.
- Miranda Talero, Alfonso. *El Derecho de la Seguridad Social.* Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.
- Mouffe, Chantal. *Feminismo, ciudadanía y política democrática radical.* En: Revista Debate Feminista; año 4, volumen 7, marzo de 1993; Política, Trabajo, Tiempos; México, D.F.
- Moser, Caroline. *La planificación de género en el tercer mundo: enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género.* En Virginia Guzmán, Patricia Portocarrero y Virginia Vargas (comp.): *Una nueva lectura: Género en el desarrollo.* Lima, Entre Mujeres, págs. 55-80.
- Munévar M., Dora Inés. *Interseccionalidad-es.* Universidad Nacional de Colombia. Documento impreso, 15 páginas (sin publicar).
- Munévar M., Dora Inés. *El Derecho a Tener Derechos. Postulado arendtiano para pensar los derechos del cuerpo.* En: *Seminario Hacia una Sexualidad Sobre Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia.* Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Humanas; Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, CD-Rom. Pág. 298 a 313.
- Navarro, Marysa y Stimpson Catherine. *¿Qué Son los Estudios de Mujeres?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998.
- *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución.* CIJUS, Estudios ocasionales, Bogotá, 1998.
- Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho.* Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Unibiblos, Bogotá, 2001.
- Pineda Duque, Javier. *Masculinidad y Desarrollo. El caso de los compañeros de las mujeres cabeza de hogar.* En: Robledo, Ángela y Puyana, Yolanda. *Ética, Masculinidades y Feminidades.* Bogotá, CES, 2000, pág. 228-268.
- Phillips, Anne. *Género y Teoría Democrática.* Instituto de Investigaciones Sociales, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 1996.
- Phoenix, Ann. *Cómo se negocia una posición de sujeto intermedia: muchachos entre once y catorce años, masculinidades y educación escolar.* En Revista Nómadas, abril 2002, No. 16, pág. 28 a 39.
- Prost, Antoine. *Fronteras y espacios de lo privado.* En: Duby, Georges y Ariès, Philippe. *Historia de la Vida Privada.* Tomo V, Editorial Taurus, Madrid, 2001, pág. 17 a 133.
- Rico de Alonso, Ana. *Formas, Cambios y Tendencias en la Organización Familiar en Colombia.* En Revista Nómadas, Santafé de Bogotá, Departamento de Investigaciones de la Universidad Central, Octubre de 1999, Número 11, Pág. 110 a 117.
- Rodríguez Rondón, Manuel Alejandro. *La Lucha por el Control de los Significados de la Nominación Gay.* En: *Seminario Hacia una Sexualidad Sobre Sexualidad y Derechos Humanos en Colombia.* Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios

Sociales, Facultad de Ciencias Humanas; Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos; CD-Rom. Pág. 188 a 199.

- Rojas, María Cristina y Caro, Elvia. *Género y Estado: entre el desencanto y la esperanza*. En *Macroeconomía, Género y Estado*. Bogotá, DNP, Tercer Mundo Editores, GTZ, BMZ, págs. 237-250.
- Rollyson, Carl, Lisa Paddock. *Susan Sontag. La creación de un icono*. CIRCE Ediciones S.A., España 2002.
- Romany, Celina. *La Responsabilidad del Estado se Hace Privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos*. En: Cook, Rebecca (ed.). *Los Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Profamilia, Bogotá, 1997, pág. 81 a 109.
- Rorty, Richard. *El Giro Lingüístico*. Piadós, Barcelona, 1990.
- Rosas Vega, Gabriel (coord.) *El saneamiento fiscal, un compromiso de la sociedad. Tema III Descentralización*. República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, 1997.
- Sánchez Gómez, Olga Amparo. *Constitución de 1991 diez años después: No creas tener derechos*. Revista Foro, No. 41, 78-86.
- Thébaud, Françoise. *La primera guerra mundial: ¿la era de la mujer o el triunfo de la diferencia sexual?* En: Duby, Georges y Perrot, Michelle. *Historia de las mujeres*. Tomo V, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pág. 45 a 106.
- Torres Corredor, Hernando (comp.). *Sistema de Seguridad Social. Ley Básica*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá 2002.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. *El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana*. En: Franco, Saúl (ed.). *La Salud Pública Hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 315 a 342.
- Viñuales, Olga. *Identidades Lésbicas*. Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000.
- West, Robin. *Género y Teoría del Derecho*. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.
- Yepes L. Francisco José (dir.). *La Salud en Colombia*. Tomo I, Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Salud, Bogotá, 1990.